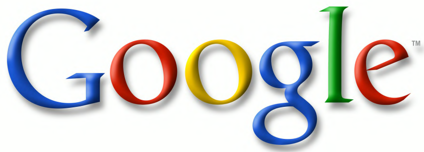


INSTITUCIONES

DE

DERECHO CIVIL PATRIO,

ESCRITAS

POR

FERNANDO CRUZ.

TOMO PRIMERO.

1882.

GUATEMALA.

TIPOGRAFÍA "EL PROGRESO"—8ª CALLE PONIENTE Nº 6 BIS.

Señor General

Don J. Rufino Barrios

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA:

TENGO la honra de dar cuenta á Ud. con las INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, cuya formacion tuvo á bien encomendarme.

Mi deseo ha sido siempre que el trabajo fuera digno de la idea de Ud. y del objeto importante que tenia en mira, y que pudiera figurar, aunque en último término, entre las innumerables obras de utilidad y progreso que, como por encanto, han aparecido en Guatemala, en el corto espacio de diez años, obedeciendo con asombrosa rapidez á la voz creadora del génio que, con su palabra, las ha hecho brotar del caos de la indiferencia y de la inac-

cion, mas tenebroso que los vacíos abismos de la nada. Desgraciadamente, el desempeño en la ejecucion, mas que á mis aspiraciones, ha correspondido á mis aptitudes y conocimientos, que distan mucho de ser grandes como aquellas.

Si apesar de esto, las INSTITUCIONES que pongo en manos del Señor Presidente, pudieran tener algun mérito, por insignificante y pequeño que sea, con gusto lo dedico y atribuyo todo al que inició el pensamiento de que se escribieran y no ha dejado de protejer é impulsar eficazmente su realizacion.

Mios son todos los defectos de que adolezcan; pero de cualquier modo, me honro y me complazco en haber traido, aunque no sea mas que este grano de arena, al monumento colosal, en cuya cúspide se levanta magestuosa la figura del Benemérito de la Pátria, Jeneral J. Rufino Barrios, desplegando con orgullo la bandera de la libertad por la instruccion, del progreso por la libertad, del engrandecimiento por el trabajo, y de la ilustracion y gloria nacional.

Guatemala, 12 de Diciembre de 1882.

SEÑOR JENERAL PRESIDENTE,

Fernando Cruz.

INTRODUCCION.

Estas INSTITUCIONES tienen el objeto de esplicar las disposiciones del Código Civil, presentándolas bajo la forma de un sistema de principios y doctrinas que facilite su estudio y su inteligencia á los jóvenes que se consagran á la profesion de jurisprudencia.

En obras de esta naturaleza no puede haber, como no hay tampoco en la misma legislacion, absoluta orijinalidad, y el principal trabajo y el mérito de éste se cifra, en buscar las mejores fuentes, en tomar de cada una de ellas lo mejor, y en saber apropiarlo, adaptándolo todo, con órden, á las condiciones peculiares del fin que se debe alcanzar. Yo he procurado consultar las mejores obras hispano-americanas, españolas y francesas y he tratado de aprovechar para dar á conocer las prescripciones de nuestro Código, cuanto he encontrado en ellas, condensando así en corto espacio lo que se encuentra disperso en considerable número de libros, muchos de ellos costosos, y algunos sumamente escasos.

Escrita la obra sin ninguna pretension, recibiré con mucho gusto, y hasta con gratitud, todas las indicaciones que se hagan de los defectos é inexactitudes que contenga, para atenderlas todas, y si fueren justas, enmendarlos y correjirlos. Así, lejos de molestar mi amor propio, me prestarán un amistoso servicio, los que animados de la buena intencion que nos debe animar á todos, respecto de lo que puede ser de algun provecho para el país, me señalen los errores en que haya incurrido y la manera de salvarlos.

Reducidas á artículos breves las disposiciones legales, las Instituciones de derecho no debian compendiarlas mas, sino esplanarlas, y á ello se debe la estension relativamente grande que tienen, si se las compara con obras análogas escritas sobre el derecho romano y sobre el antiguo derecho español.

Si mi trabajo es de alguna utilidad para el estudio de nuestra legislacion, quedarán satisfechos mis deseos, pues solo he querido contribuir con lo que permiten mis aptitudes á la obra de la instruccion y al mas fácil y completo conocimiento de nuestro derecho.

Guatemala, 12 de Diciembre de 1882.

Fernando Cruz.

TITULO PRELIMINAR.

DE LAS LEYES EN GENERAL.

PARRAFO PRIMERO.

FORMACION DE LA LEY.

1.—Siendo indispensable á la naturaleza de los hombres la vida social, la Nacion que no es mas que la sociedad constituida en cuerpo político, necesita, como condicion indispensable para su existencia, de leyes que determinen y reglamenten las relaciones de los individuos entre sí y las de éstos con el Estado. Las leyes que rijen las relaciones de los individuos con el Estado ó autoridad, constituyen el derecho público; y las que gobiernan las de los individuos entre sí, forman el derecho privado. Este último puede referirse á diferentes órdenes de relaciones sociales, y segun ellas, subdividirse en otros tantos ramos como derecho civil, derecho penal, mercantil &.

2.—Tres son ordinariamente las condiciones para la existencia de la ley: su formacion por el Poder Legislativo, su sancion por el Ejecutivo y su promulgacion ó publicacion.

3.—La primera condicion de la ley es que emane del poder soberano. En nuestro derecho público constitucional, la soberanía reside orijinariamente en la Nacion, y su ejercicio para legislar reside, por delegacion de esa soberanía, en la Asamblea Nacional compuesta de un Diputado por cada 20.000 habitantes ó por cada fraccion que pase de 10.000 (artículos 17, 40 y 48 Constitucion de 11 de Diciembre de 1879.)

4.—Las leyes pueden tener oríjen en la Asamblea por proposicion de alguno de sus miembros, ó por iniciativa del Poder Ejecutivo ó del Judicial, en materias de su competencia (56 Const.) La Asamblea, para ejercer la atribucion de legislar, y con el objeto de que el asunto de que se trate se medite con toda la maduréz y detenimiento posibles, obteniendo así la ventaja que puede ofrecer el sistema de dos Cámaras, tiene que ponerlo á discusion en tres sesiones diferentes, celebradas en distintos dias y sin que pueda votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en la tercera sesion (57 Const.) Si despues de esto, y con las formalidades del Reglamento de la Asamblea, es admitido el proyecto en su totalidad, se entra á la discusion por artículos.

5.—La Asamblea puede tambien autorizar al Ejecutivo para que emita aquellas leyes que por su extension no pueden ser espedidas por el Poder Legislativo; pero debiendo dar cuenta á este á su oportunidad, esto es, en su primera reunion despues de dada la ley, para que sea aprobada ó desaprobada (inciso 11 artículo 54 Const.) Así, mediante tal autorizacion el Gobierno emitió las leyes de reforma al Código civil y de procedimientos civiles y á la ley de enjuiciamiento mercantil, y ha emitido varias otras.

PARRAFO SEGUNDO.

SANCION DE LA LEY.

6.—Formado y aprobado un proyecto de ley necesita todavia para que obligue, recibir la sancion del Ejecutivo. Esta es la segunda condicion para la existencia de la ley (Artículo 58 é inciso 21 del 77. Const.) La necesidad de la sancion, ó sea de la facultad que tiene el Presidente de la República para mandar que se ejecute la ley formada por la Asamblea, proviene de que él, por su contacto inmediato con la sociedad, y por la esperiencia del manejo constante de los negocios públicos, es el que puede apreciar mejor y mas atinadamente los inconvenientes y dificultades que una ley podria traer. El Presidente sanciona y manda promulgar la ley votada por la Asamblea, si la cree oportuna y conveniente; pero de lo contrario, puede, de acuerdo con el Consejo de Ministros, negar la sancion y devolverla á la Asamblea, dentro de diez dias, y con las observaciones que estime oportunas. La Asamblea podrá reconsiderar desde luego el proyecto de ley ó dejarlo para las sesiones del año siguiente si no fueren aceptadas las observaciones hechas por el Ejecutivo; y en este último caso, si la Asamblea ratificare el proyecto con las dos terceras partes de votos, el Ejecutivo debe sancionar y promulgar la ley. (Artículo 59 Const.)

7.—Si el Ejecutivo no devuelve el proyecto de ley, despues del término de diez dias, contados desde su

remision, se tiene por sancionado, y debe promulgarse como ley; y si la Asamblea cierra sus sesiones antes de los diez dias en que puede verificarse la devolucion, el Ejecutivo debe hacerlo dentro de los ocho primeros de las sesiones ordinarias del año siguiente (artículo 60 Const.) El artículo constitucional no espresa quien debe hacer la publicacion cuando pasan esos diez dias sin que la ley sea sancionada ni devuelta, pero parece que podrá hacerla la misma Asamblea, porque de otra suerte, quedaria al arbítrio del Ejecutivo dejar sin efecto la disposicion.

Como se vé, la sancion tiene el principal objeto de establecer entre los poderes públicos un equilibrio provechoso, y evitar que el Legislativo anule al Ejecutivo, quien por medio del veto no rechaza desde luego la ley, pero sí la suspende. Si la necesidad de la sancion, no es enteramente conforme, segun espresa Chacon, y antes de él otros publicistas, á la abstracta teoría democrática, sí lo es á razones elevadas de alta conveniencia pública que es superior á las puras especulaciones de la ciencia.

9.—No necesitan de la sancion del Ejecutivo (artículo 61 Const.) las disposiciones de la Asamblea relativas á su régimen interior, á la calificacion de elecciones y renuncias de los elegidos, y á la declaracion de haber ó no lugar á la formacion de causa contra los Diputados, Presidente de la República, Secretarios del despacho, Consejeros de Estado, Magistrados, Fiscales de los Tribunales superiores y Fiscales del Gobierno. Tampoco la necesitan las disposiciones contraidas á los objetos siguientes:

1.º—Abrir y cerrar las sesiones ordinarias y extraordinarias.

2.°—Hacer el escrutinio de votos para Presidente de la República, y proclamar popularmente electo al ciudadano que hubiere obtenido la mayoría absoluta de votos.

3.°—Elejir Presidente entre los tres candidatos que hayan obtenido el mayor número de sufragios, en el caso en que no hubiese eleccion popular por falta de mayoría absoluta de votos.

4.°—Nombrar los designados.

5.°—Dar posesion al Presidente de la República y recibirle la protesta de ley.

6.°—Admitir ó no la renuncia que haga el Presidente de la República.

7.°—Concederle ó no permiso para ausentarse del territorio de Centro-América y designar, en este caso, la persona que deba subrogarlo durante su ausencia (artículo 52 Const.)

Finalmente no necesitan de la sancion del Ejecutivo las disposiciones relativas á las atribuciones siguientes:

1.°—Elejir en la apertura de sus sesiones el Presidente, Vice-Presidente y demas funcionarios que componen la mesa, conforme al Reglamento interior.

2.°—Calificar las elecciones de sus respectivos miembros y aprobar ó reprobar sus credenciales.

3.°—Admitir ó no las renuncias que presenten y mandar que se proceda á nuevas elecciones para llenar las vacantes que ocurran por el motivo espresado ó por otro alguno.

4.°—Formar el Reglamento de su réjimen interior.

5.°—Hacer concurrir á los Diputados ausentes y correjir las faltas ú omisiones de los presentes (artículo 55 Const.)

9—Las leyes que necesitan de la sancion del Ejecu-

tivo, despues de aprobadas en la Asamblea pasan á él para ese efecto y para el de su publicacion. Si no necesitan de sancion, pasan al Ejecutivo solo para su publicacion (inciso 21 artículo 77 Const.) Así pues, el Presidente de la República manda promulgar ó publicar la ley sancionada; y siendo indispensable esta publicacion, ó sea el conocimiento que se da de que hay una ley, forma la tercera condicion de la existencia de ésta.

PARRAFO TERCERO.

PUBLICACION DE LA LEY.

10—Formada la ley, como se ha dicho, por la Asamblea, y sancionada por el Ejecutivo y mandada promulgar, está completa ya respecto de la autoridad que la emite; pero no es obligatoria aun para los ciudadanos, sino que necesita de que se haga su publicacion ó promulgacion, es decir, que se haga conocer al pueblo su existencia. La promulgacion es, pues, *el acto por el cual se notifican las leyes á la sociedad*, el medio por el cual se hace oir la voz del Legislador.

11—Debe advertirse que en algunos Códigos lo que entre nosotros se llama promulgacion, mas bien que con la publicacion se confunde con la sancion porque llaman promulgacion, á la disposicion del Ejecutivo mandando que se publique la ley, y reservan el nombre de publicacion para el acto en que se da á conocer en virtud de esa órden. Segun las disposiciones constitucionales citadas, promulgacion es equivalen-

te de publicacion, equivalencia fundada en el Diccionario de la lengua y en el lenguaje jurídico que tienen como sinónimas esas palabras.

12—La promulgacion de la ley es absolutamente indispensable, porque siendo la regla que deben obedecer los asociados, seria absurdo y tiránico exijir el cumplimiento del precepto en ella contenido cuando todavia no se conoce ni se ha podido conocer. Por esto se tienen como aforismos de derecho: *la ley no publicada no es ley: la ley no publicada no obliga.*

13—Pero cómo se hace la publicacion y desde cuándo se tiene como hecha? El Art. 1. ° del Código civil declaraba que las leyes, reglamentos, circulares ó cualquiera otra disposicion de observancia general emanadas de la autoridad, obligan y surten sus efectos desde el dia de su promulgacion en los lugares en que esta deba hacerse, ó desde el dia que fije la misma ley, reglamento, circular ó disposicion de observancia jeneral, aunque se hayan publicado antes.

14—Esta disposicion reconocía en primer lugar la necesidad de la publicacion; y establece ademas que no solo las leyes y reglamentos sino tambien las circulares y cualesquiera disposiciones de observancia jeneral, solo obligan desde que son publicadas, de modo que lleguen á noticia de todos. Las leyes á que se refiere, son las disposiciones jenerales que reglamentan la conducta y los derechos de los asociados: los Reglamentos son las disposiciones del Poder Ejecutivo, determinando la forma para el ejercicio y cumplimiento de los deberes y derechos consignados en la ley: las circulares son disposiciones del órden administrativo, relativas al despacho interior y económico de las oficinas sujetas á la autoridad del funcio-

nario que las dicta, á que se llenen en los negocios y espedientes las formalidades prescritas por la ley, ó á esplicar el modo en que esto debe verificarse; y las otras disposiciones de observancia jeneral son los acuerdos emitidos por el Ejecutivo en asuntos de su competencia, dados por el Presidente de la República y autorizados por el Secretario del Despacho en el ramo correspondiente.

15—Se habrá observado facilmente que el artículo citado del Código ni determinaba el modo de hacerse la publicacion ni fijaba los lugares en que se debia hacer, ni entraba en ciertos detalles que son absolutamente indispensables, y cuya omision constituye un notable vacío.

16—No alcanzaba á llenarse éste acudiendo á otras disposiciones anteriores, como el Decreto de la Asamblea Lejislativa de 12 de Marzo de 1831, el Decreto del Gobierno de 15 de Abril de 1839, los acuerdos de 31 de Mayo de 1851 y 10 de Enero de 1852, y el artículo 7. ○ del Decreto de 7 de Octubre de 1879; pero sí lo llenó el artículo 1. ○ del Decreto de reformas al Código Civil de 20 de Febrero de 1882, que modificó el artículo 1. ○ de ese Código, estableciendo que las leyes obligan en virtud de su solemne promulgacion, y despues de trascurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ellas. La promulgacion, agrega, debe hacerse en el Periódico Oficial: la fecha de la promulgacion será para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico; y promulgadas las leyes en la residencia del Gobierno, se entenderá que son conocidas por todos los habitantes de la República y se tendrán como obligatorias despues de quince dias contados desde la fecha de la promulgacion.

17—No podia con justicia establecerse que desde el momento en que una disposicion de observancia jeneral se insertase en el periódico oficial, fuera obligatoria en todos los puntos de la República, porque en muchos de ellos no seria pública sino despues de varios dias, en mayor ó menor número segun las distancias, y porque seria imponer el cumplimiento de una prescripcion legal ántes de que fuera conocida. La publicacion especial en cada punto de la República, ofreceria tambien graves inconvenientes, entre ellos el de la diferente época en que comenzaria á rejir la ley, el de la forma en que se verificara la promulgacion y el de la prueba de que ésta hubiera tenido lugar, así es que para evitarlos ha debido apelarse á otros medios.

18—Los Códigos modernos, reconociendo que la ley no puede ser instantánea y simultáneamente conocida de todos los habitantes de un estenso territorio, y que, por lo mismo, debe darse un plazo para que se repute oportuna y generalmente conocida, adoptan unos, como el de Chile, un plazo gradual, declarando, por ejemplo, que la promulgacion de las leyes se hace en el periódico oficial; y en el Departamento en que éste se publica se tiene como obligatoria seis dias despues de la fecha de la publicacion, debiendo para los otros Departamentos, tomarse además de estos dias uno por cada kilómetro de distancia á la cabecera respectiva. Estos códigos siguen la idea del de Napoleon, apoyada en que las leyes son llevadas por los hombres y marchan con ellos: en que todo es sucesivo en esta marcha y es imposible que todo no lo sea, siendo en consecuencia la idea de un plazo sucesivo y graduado, segun la distancia, la mas confor-

nie á la verdad y á la razon; y en que un plazo uniforme tiene el inconveniente de dejar paralizada la ley, en los lugares donde es conocida, para esperar que llegue á serlo donde aun no lo es, dando á los que quieran hacer fraude á la disposicion nueva, tiempo suficiente para ello, mientras que aquellos á quienes favorece se hallarian en la imposibilidad de aprovecharse de sus beneficios.

19.—Otros Códigos, y esa disposicion es la adoptada en la reforma, para dar á la ley un carácter de uniformidad en cuanto á su fuerza obligatoria, evitando así que, á un mismo tiempo, los Departamentos ó provincias de una sola Nacion se rijan por leyes diferentes, fijan un solo plazo, el de determinado número de dias, contados desde la promulgacion de la ley, en la residencia del Gobierno, para que se entienda conocida de todos los habitantes y comience entónces, al mismo tiempo, á ser obligatoria para todos, sin escepcion.

20.—El plazo de quince dias que fija el nuestro, puede ser ampliado ó restrinjido en las mismas leyes que se emiten, designándose otro especial (frac. 2.ª art. cit.) y entónces, á ese debe estarse: se restrinje cuando es urjente que comience á ponerse en práctica la disposicion: y se amplia respecto de leyes de mucha importancia, ó que introducen alteraciones muy trascendentales, ó son muy estensas, ó tienen que conciliarse con el ejercicio de actos que, permitidos por las leyes anteriores, en su ejecucion necesitan de cierto tiempo; y desde la fecha en ellas señalada, comienza su observancia, aunque hayan sido publicadas y conocidas antes. Así sucedió con el Código Civil y de procedimientos que publicados en 8 de Marzo de

1877 no debian comenzar á rejir sino hasta el 15 de Setiembre siguiente: con la Constitucion publicada en Diciembre de 1879, para que comenzase á rejir el 1.° de Marzo de 1880: con la Ley orgánica del Poder Judicial publicada en Febrero de 1880 para que empezara á rejir cuando la próxima Legislatura hubiera elejido los miembros de la Corte de Justicia, y con muchas otras. Si, á pesar de esto, ocurriere alguna vez, que dentro del plazo fijado, no se hubiera hecho la publicacion de la ley, su trascurso no seria bastante para imponer su observancia, debiendo siempre ser anterior á ella la promulgacion.

PARRAFO CUARTO.

DEFINICION DE LA LEY.

21—Atendiendo á lo que queda dicho respecto de los elementos constitutivos de la Ley, puede esta definirse como *la declaracion solemne y obligatoria hecha por el Poder Legislativo sobre objetos de réjimen social interior y de interés comun, espresada en la forma prescrita por la Constitucion y debidamente promulgada.*

22—De esta definicion se deduce en primer lugar, que el Ejecutivo no puede legislar, salvo el caso en que, conforme á la Ley fundamental haya sido autorizado por la Asamblea para emitir aquellas leyes que ella no pueda espedir por su estension; pero sí podrá espedir las ordenanzas, reglamentos y acuerdos

que sean necesarios para facilitar y asegurar la ejecucion de las leyes en todos los ramos de la Administracion. (inc. 17 art. 77 Const.)

23—Se deduce tambien que la costumbre no tiene fuerza de ley, por que no es obra del Poder Legislativo. En los paises en que se ha admitido la costumbre ó derecho no escrito, que no es mas que *el uso general ó práctica de ciertos hechos durante un tiempo mas ó menos largo*, no solamente tenia el carácter de ley sino que podia derogar las leyes anteriores é interpretar las dudosas. Así, habia costumbre fuera de la ley, contra la ley, y segun la ley. La primera, decidia los casos no previstos por la ley: la segunda, derogaba la ley escrita por actos contrarios á ella: la tercera, interpretaba la ley fijando el sentido en que debia entenderse.

24—La costumbre no puede en realidad sostenerse filosóficamente, sino donde un solo hombre ejerce todos los poderes públicos. La teoria romana de que siendo la ley la voluntad del César, y pudiendo ésta manifestarse por palabras ó por hechos, era ley tambien una práctica de muchos años, porque tácitamente la aprobaba él con su tolerancia, no puede, como se advierte en la introduccion al Código, aplicarse ya á pueblos donde los poderes públicos están divididos, donde las Cámaras ó Asambleas que ejercen el Poder Legislativo no son permanentes, y donde los individuos que las componen, jamás hacen, en sus transitorias apariciones un análisis de los actos del Poder Judicial en todos sus ramos. Y por otra parte, es exacto tambien que si se diera á la costumbre el carácter de ley, se faltaria al gran principio del réjimen constitucional moderno, segun el cual solo

las Asambleas, Cortes ó Cámaras Legislativas, tienen la facultad de dictar leyes en el órden normal, y se impondria la obligacion de observar una prescripcion que carece del requisito esencial de la promulgacion ó publicacion, sin el cual, ni las mismas leyes escritas, tienen fuerza.

25—Se deduce además de la definicion dada, que los fallos y resoluciones judiciales, tampoco forman ley, ni pueden invocarse como precedentes para apoyar en ellos otras determinaciones, estando prohibido á los Jueces juzgar por ejemplos, (inc. 1.° art. 19 C. Pr. civ.) y mandado que no juzguen sino por lo dispuesto en las leyes. Ejemplos ó precedentes son las resoluciones mas ó ménos frecuentes dictadas decidiendo algunos negocios: pueden muy bien los Jueces haber incurrido en error al determinarlos, y asi, seria muy peligroso aplicar una decision talvez equivocada á otro caso aunque fuera semejante ó análoga, siendo igualmente de tenerse en cuenta que es muy fácil engañarse en la semejanza ó analojía de los casos que, casi nunca, se presentan exactamente con las mismas circunstancias. Por tanto, en la resolucion de los litigios, ninguna fuerza tiene lo que se llama jurisprudencia ó práctica de los Tribunales, que no es mas que *el conjunto de doctrinas admitidas por los Tribunales de Justicia, para la decision de ciertos casos*. Esto no significa que esa jurisprudencia carezca de importancia para el estudio del derecho: ella representa las opiniones de hombres versados en la ciencia y en la aplicacion de las leyes; pero aun ese estudio, como lo hace notar Pacheco, debe hacerse con precaucion, á fin de que la razon conserve siempre todo su imperio, y no sea arrastrada por el as-

cendiente de la autoridad. En una palabra, la jurisprudencia de los Tribunales, puede servir de complemento, jamás de base fundamental, porque, en este caso, su conocimiento, lejos de ser provechoso, seria perjudicial, porque haria fluctuar incesantemente la inteligencia con las decisiones opuestas, no solo de distintos Jueces y Tribunales, sino, á veces, de un mismo Juez ó de un mismo Tribunal.

26—No debe confundirse con la facultad de legislar que solo compete á la Asamblea, y en algunos casos, con autorizacion de ella, al Ejecutivo, la que se concede á los Jefes Políticos de formar con carácter local, reglamentos que contengan las medidas de policía que exija el buen gobierno de su Departamento, los cuales se consultan al Gobierno y se publican por medio de bandos en todos los pueblos en donde hay Municipalidad (Artículo 34. Dec. 7 Octubre de 1879.) Estos Reglamentos no tienen fuerza obligatoria general en la República, y las penas que en ellos se impongan, aunque sea en virtud de atribuciones gubernativas y económicas, no deben ser mayores que las señaladas por el Código penal, para las faltas respectivas, á no ser que se determine otra cosa en leyes especiales.

PARRAFO QUINTO.

CARACTERES DE LA LEY.

27—La ley, para merecer este nombre, ha de ser justa, es decir no contrariar los principios de razon y de e-

quidad natural que forman la conciencia universal, consultando al mismo tiempo que esos principios, las modificaciones que exijen en su aplicacion por la índole especial y demas circunstancias características del país para el cual se legisla.

28—La ley debe tambien ser jeneral, es decir ser obligatoria para todos los ciudadanos, sin hacer entre ellos distinciones imcompatibles con el principio de que todos son iguales ante la ley. Por esto, segun se verá despues, se halla consignado que los derechos civiles son independientes de la calidad de ciudadano, y que todos los Guatemaltecos gozan de los derechos civiles, á no ser que se hallen en algun caso de prohibicion espresa de la ley (Artículo 49 y 50 C.) Son inadmisibles, pues, los privilegios ó leyes especiales establecidas en favor de alguna ó algunas personas en particular, escluyendo á la generalidad; pero, en rigor, no puede considerarse como tal privilejio que el autor ó inventor goce de la propiedad de su obra ó invento por el tiempo que designe la ley, y que la propiedad literaria sea perpétua. No solo son injustificables los privilejios, sino que los que en la legislacion española se llaman beneficios, leyes concedidas en favor de una clase de la sociedad, se han suprimido ó restrinjido considerablemente por el Código. Así quedó abolida la restitucion *in integrum*, y el derecho de tanteo quedó circunscrito á muy pocos casos.

29—La generalidad de la ley no significa que idéntica disposicion comprenda siempre á todas las personas, por diverso que sea su estado natural y civil. La igualdad legal exije indispensablemente que se tomen en cuenta aquellas desigualdades que no son artificiales y caprichosas, y que la ley se vaya acomodando á

ellas. Puesto que tales desigualdades existen, y que la ley no puede quitarlas, una igualdad absoluta las dejaría subsistentes, y la ley, por el contrario, debe compensarlas, dando mas garantías y proteccion al que, por su debilidad, necesita mas de ella, dejando mas independencia al que por su capacidad no necesita de un cuidado inmediato. Por este motivo son diferentes las disposiciones para los mayores y para los menores de edad: para los capaces y para los incapacitados: para la muger soltera y para las mugéres casadas. Mas no podría, por ejemplo, ser una la ley para los que se llamaran nobles y otra para los plebeyos, como era en los Códigos españoles.

30—Es tambien caracter esencial de la ley que sus disposiciones solo miren al porvenir, que solo recaigan sobre los hechos posteriores á su emision, respetando los anteriores legalmente consumados. Esto lo consigna nuestro. Código, declarando que la ley no tiene efecto retroactivo y que á nadie puede impedirse lo que la ley no prohibe (2 y 3 Cód.) Las leyes, segun espresan unos modernos expositores del derecho mexicano, tienen por objeto satisfacer las necesidades de la sociedad, ó evitar un abuso que ha existido en ella, hasta la fecha de la disposicion que lo combate, ó mejorar la legislacion en un punto dado cambiando las leyes existentes acerca de él hasta entonces. En cualquiera de los casos dichos, la fuerza de obligacion que trae la ley, nace con ella, y los ciudadanos no están obligados á respetarlas sino desde que se promulgue debidamente: por tanto, el acto que era indiferente el dia anterior á la publicacion de la ley que lo prohibe, desde ese dia, podrá constituir una falta, mas no antes; y los derechos adquiridos bajo el ampa-

ro de leyes anteriores, quedan subsistentes aun cuando ellas se varien despues; porque siendo todas iguales en oríjen y fuerza legal, el que cumplió con las primeras, debe quedar perfectamente asegurado contra las últimas. De otro modo, la ley que castigase con pena el acto cometido cuando no habia precepto que lo prohibiera, seria tiránica; y la que quitara ó atacara derechos adquiridos en virtud de ley anterior, cometería un despojo y atentaría á la libertad y garantías de los ciudadanos. Benjamín Constant ha dicho con razon: que la retroactividad es el mayor atentado que la ley puede cometer: que rompe el pacto social: anula las condiciones en virtud de las cuales la sociedad tiene derecho de exijir obediencia al individuo, porque le arrebata las garantías que le aseguraba en cambio de esa obediencia que es un sacrificio. La retroactividad quita á la ley su cáracter: la ley que retrotráe no es ley.

31—Aunque parece muy sencillo el principio de que la ley no tiene efecto retroactivo, envuelve árduas dificultades y complicaciones en su aplicacion y en la determinacion de su estension; y por esto, y por la importancia especial que tiene hoy la materia por la transicion de la legislacion antigua á la nueva, vá á tratarse de ella segun los diversos puntos sobre que puede recaer la ley siguiendo para esto el órden y doctrina de los Diccionarios de Calderon y de Escriche. Antes, sin embargo, debe advertirse que entre nosotros y conforme á este principio del Código de que la ley no tiene efecto retroactivo, esta disposicion obliga no solo al Juez sino principalmente al Legislador, de suerte que no puede por una declaracion contraria dar á la ley que emite dominio

sobre hechos con anterioridad consumados. Si ha habido algunas veces leyes directamente retroactivas como las que han abolido ciertos privilejios en algunas naciones, las que han declarado la libertad de todos los esclavos, las que han suprimido las vinculaciones é instituciones de ese género, han emanado de una razon superior de interés público, á la que todos han suscrito considerándola como un elemento indispensable para la reforma, el progreso y el bienestar de la sociedad; ó porque con ellas, limitadas á declarar el derecho natural, solo se ha hecho revivir, usando las palabras de Merlin, una ley escrita en el Código eterno é imprescriptible de la naturaleza, borrando con el dedo de su omnipotencia los actos que, mientras esta dormia, dieran un golpe mortal á los derechos mas sagrados del hombre.

32—Para que una ley sea retroactiva se requiere 1.° que recaiga sobre lo pasado y lo cambie. 2.° que este cambio sea en perjuicio de las personas á quienes se refieren sus disposiciones. Es indispensable lo primero, porque solo así puede decirse que se legisla, nó para el porvenir, sino para el tiempo de atrás; y es indispensable lo segundo, porque consistiendo el vicio de la retroaccion en el mal que causa á los que anteriormente adquirieron un derecho, si ese mal no existe, falta el principal motivo para limitar la accion del legislador.

33—El negocio pendiente todavía al publicarse una ley, no puede tenerse como hecho pasado; y así, puede y debe juzgarse por ella sin que haya retroaccion. Las leyes españolas, por ejemplo, permitian al testador que diese poder á otro individuo para que testara por él; y el Código, no solo lo prohibe, sino que de-

clara que el que muera habiendo dado poder para testar, se reputa muerto sin testamento, y entran á sucederle los herederos legales. (Artículos 805, 807 C.) Los testamentos hechos por los apoderados antes de que rijiera el Código, son actos pasados ya, y no pendientes: en consecuencia, son válidos y producen su efecto y estan fuera de la nueva disposicion; pero todos los poderes otorgados antes de que empezara á rejir el Código Civil, no han podido ejercerse despues, porque el acto no era pasado todavia sino pendiente; y por tanto estaba sujeto al alcance de la nueva ley. Esto mismo debe decirse respecto de fideicomisos, testamentos hechos en comun por dos ó mas personas y de otros actos semejantes.

34—La segunda condicion para que haya retroaccion en la ley se verifica cuando se destruyen derechos adquiridos; pero nó cuando simplemente se trata de derechos futuros ó espectativas. Derechos adquiridos ó actuales son los que pueden ejercitarse desde luego; los que ya se poseen y se reputan por lo mismo como parte del patrimonio efectivo. Tales son los que se derivan inmediatamente de un contrato de un testamento, cuyo autor ha muerto: no así los derechos facultativos, á menos que ya se hayan ejercitado, y por razon de ese ejercicio, se hayan hecho nuestras las cosas que son su objeto. Estas facultades otorgadas por la ley, son esencialmente revocables, porque el legislador permite pero no se obliga y puede retirar la facultad, sin justo motivo de queja de aquellos que aun no han hecho uso de ella.

35—Las espectativas ó derechos futuros, solo son gérmenes de derecho que, para convertirse en verdaderos derechos, necesitan indispensablemente que ten-

gan lugar este ó aquel suceso, esta ó aquella circunstancia. Si hoy, v. g. se institutiye por heredero á un individuo que, segun las leyes actuales, es capaz de heredar, mientras viva el testador, solo tiene una espectativa, un derecho futuro á la herencia; pero tendrá un derecho efectivo y adquirido, cuando muera el testador. Sí pues, antes de la muerte de éste, se dá una ley en virtud de la cual ese individuo y los demás que estan en la condicion de él, son incapaces de heredar, el testamento no producirá efecto, pero lo contrario sucederá si la ley se emite despues de muerto el testador: entonces el heredero tiene ya, no simple espectativa, sino un derecho adquirido que no puede arrebatarle la ley. Bajo estas bases se puede hacer con facilidad el exámen especial de los diferentes negocios á que puede aplicarse la teoría espuesta.

36—Capacidad de las personas. La capacidad civil de las personas, está siempre bajo el dominio razonable de la ley y ésta puede ampliarla, restrinjirla ó hacerla desaparecer, segun las circunstancias y las exijencias del interes jeneral, de modo que se vuelva incapaz para ciertos actos el que antes tenia capacidad civil. Las leyes españolas, por ejemplo, fijaban la edad de 25 años para la mayoría de edad y el consiguiente ejercicio de los derechos civiles. La ley de 19 de Diciembre de 1871 y despues, el Código Civil (Artículo 28) establecieron la mayoría á los 21 años, y estas disposiciones comprendieron aun á los menores nacidos antes de que ellas se emitiesen. Por el contrario, si volvieran á rejir aquellas, los que á la fecha que empezaron á ser obligatorias no hubieran cumplido todavia los veinticinco años, volverian á la condicion de menores, aunque antes hubieran cum-

plido veintiun años; y hubieran adquirido, por lo mismo, la calidad de mayores, porque, como se dijo ya, las facultades otorgadas por la ley, no tienen el caracter de irrevocables, pues el Legislador no contráe el compromiso de no retirar la concesion en ningun caso, aunque el interés público exija que se haga alteracion. Mas sí serán válidos todos los actos y contratos celebrados por ellos antes de la ley que retarda la mayoría, porque en todo lo que ya se puso en práctica la facultad, debe mirarse como un derecho adquirido, y no puede quitarse sin grave perjuicio, especialmente de tercero. Con igualdad de razon, pudo declararse, como se hizo, que los hijos menores que al comenzar á rejir el Código Civil, se encontraran en tutela ó curatela caerian en la potestad de la madre, y que si ésta no existia continuaria la tutela (Artículo 1915 C. Pr.)

37—Contratos y cuasi contratos. Consecuencia natural de todo contrato es que las partes quedan obligadas á su cumplimiento, en virtud de la ley y de la obligacion recíproca que voluntariamente se imponen. La ley determina las condiciones á que los contratantes deben sujetarse en sus arreglos y transacciones; pero, en cuanto está hecho el contrato conforme á la ley existente, es un hecho consumado, un acto pasado ya, que no está sometido á las leyes que despues se emitan. Así pues, cualquier cambio en la legislacion sobre los contratos, mirará solamente á lo venidero; mas todos los ajustados con anterioridad á él, quedan sujetos en su fondo, en su forma, en su mutabilidad ó inmutabilidad y en las causas por que se anulan ó rescinden, á las prescripciones bajo cuyo imperio se celebraron. Una ley que introduce nuevas

causas de resolucion, rescision ó revocacion de los contratos, no se aplica á contratos anteriores si se derivan de hechos anteriores á ella, ó de hechos posteriores que no dependen de la voluntad de la parte contra quien la resolucion se pide; pero podrá aplicarse si las causas provienen de hechos posteriores y dependientes solamente de la voluntad de esa parte. Si al contrario, se suprime alguna de las causas de resolucion que ántes habia, no es aplicable esto á los contratos anteriores, porque no puede impedirse que aquellas causas sigan produciendo su efecto.

38—El principio de que se ha tratado se halla consignado de un modo terminante en el Artículo 2,443 del Código Civil que declaró que las decisiones de los juicios sobre contratos ó hechos anteriores á su promulgacion, deben arreglarse á las leyes que rejian en la época en que se celebraron ó acontecieron.

39—Lo dicho es aplicable no solo á los contratos hechos simplemente, sino tambien á los condicionales cuya còndicion hubiere estado pendiente al empezar á rejir el Código, porque si es cierto que no puede pedirse el cumplimiento del contrato condicional, miéntras la condicion no se haya cumplido, el contrato condicional cuya condicion se cumple, se considera eficaz desde que se celebró; y pasan los derechos y obligaciones que de él resultan, á los herederos de los contratantes que hayan fallecido, si el contrato es de aquellos cuyos efectos se trasmiten á los herederos (Artículo 1,454 C.)

40—Como los cuasi contratos solo se diferencian de los contratos en la clase de consentimiento que les sirve de base, lo que acerca de retroactividad se establece

de los unos, debe entenderse tambien respecto de los otros.

41—Testamentos. Es principio de lejislacion universal que las disposiciones de un testamento no se consideran irrevocables hasta despues de muerto el testador; porque miéntras este vive, puede siempre revocarlas ó alterarlas á su arbitrio. Así lo reconoce tambien nuestro Código declarando terminantemente que el testamento no produce efecto sino desde la muerte del testador (770 C.) Muerto pues, el testador, su testamento es una cosa pasada; y no pueden aplicarse á él leyes posteriores; pero, si estas comienzan á rejir, viviendo todavia el autor del testamento, debe atenderse á si recaen sobre las formalidades estrínsecas, ó sobre las disposiciones mismas que contiene, ó sobre la capacidad legal del testador, ó sobre la de los herederos instituidos.

42—En cuanto á las formalidades esternas, el testamento se tiene como un hecho consumado desde que se otorga. Si en su otorgamiento se guardaron las solemnidades prescritas por las leyes vijentes, aunque despues se aumenten ó cambien esas solemnidades, el testador no tendrá que deshacer su testamento y arreglarlo en su forma á las nuevas leyes. El tiempo rije aquí las solemnidades esteriores del acto. Si el testamento era nulo con arreglo á las antiguas leyes, porque habia faltado un testigo, por ejemplo, y ántes de que muera el testador, se modifica la ley, disminuyendo en uno el número de los testigos, de suerte que el testamento quede conforme á las prescripciones de la ley posterior, ¿deberá tenerse como válido? Pienso que no, porque nulo el acto en su oríjen por la infraccion de una ley que rejia en el tiempo en que se hizo,

no puede volverse valedero sin otro acto nuevo de parte del testador.

43—Respecto del fondo de las disposiciones testamentarias, cuota de libre disposicion del testador, y capacidad de los herederos, el testamento no es un hecho consumado sino un negocio pendiente hasta la muerte del testador. Pueden pues, las nuevas leyes, sin ser retroactivas, tener aplicacion á ese testamento que todavía no puede mirarse como pasado; y por consiguiente, solo deberá cumplirse en lo que no sea contrario á ellas, teniéndose presente que la capacidad del heredero se juzga por el tiempo de la muerte del testador, y debe arreglarse por las leyes que rijan en ese dia.

44—Los testadores deben siempre haber tenido capacidad de testar en la fecha en que se hace el testamento, y conservarla cuando mueren. Si cuando testan son legalmente incapaces, una nueva ley que quite esa causal de incapacidad, no dá valor por sí sola al testamento otorgado durante la incapacidad. Si testan en una época en que tienen capacidad legal, y una ley posterior la quita, el testamento no tiene efecto, y la nueva ley no es sin embargo retroactiva, porque no habia un derecho adquirido, sino un negocio todavia pendiente. Pero si el testador tenia capacidad legal para testar al otorgar el testamento y la tenia tambien al tiempo de su muerte, aunque en el tiempo intermedio hubiera rejido alguna ley que lo hiciera incapaz, la disposicion testamentaria se reputará como valedera.

45—Entre las disposiciones transitorias que rejistra el Código de Procedimientos Civiles, el artículo 1.912 ordenó que quedaran subsistentes los nombramientos

de albaceas hechos en testamentos anteriores al dia en que comenzó á rejir, con tal de que el nombrado no tuviese impedimento legal y no hubiera herederos forzosos. Si los hubiera, el albacea deberia ser elijido conforme al Código Civil, y en ningun caso podria durar en el ejercicio de su encargo mas de un año contado desde la fecha en que el Código tuviera fuerza legal.

46—Sucesiones intestadas. En estas. los derechos de los herederos se regulan por las leyes que rijen al abrirse la sucesion, esto es, al morir la persona cuyos bienes se heredan abintestato. Si hoy fallece un individuo cuyos herederos son los parientes colaterales, y mañana se declarase por otra ley que los colaterales no heredan abintestato, no perderian aquellos su derecho ya adquirido; mas si la nueva ley se hubiera dado ántes de la muerte de aquel á quien se hereda, se rejia por ella la sucesion, porque los nombrados herederos solo tenian una espectativa ó derecho futuro pendiente.

47—Procedimientos judiciales.—Las leyes que se emiten despues del fenecimiento de un proceso, no afectan los procedimientos seguidos. En lo que toca á los juicios que se esten siguiendo al tiempo de promulgarlas, se consideran pasadas todas las diligencias practicadas ántes de la ley nueva: las no practicadas aun, se sujetan á las leyes posteriores, porque no son hechos consumados todavia. Así, el art. 1910 del Código de Procedimientos Civiles declaró: que á éste debia sujetarse la sustanciacion de los negocios pendientes, en el estado en que se encontrase el dia en que comenzára á rejir; y consultando un principio de equidad, añadió que, si los tér-

minos señalados para un acto judicial, fueran menores por el Código que los que estuviesen ya concedidos, se observaria lo dispuesto en la lejislacion anterior. El Código señala, por ejemplo, como término probatorio legal el de cuarenta dias (621) que por las leyes españolas era de ochenta: si al comenzar á rejir el Código de procedimientos, ya estaban concedidos los ochenta dias, debia aguardarse á que se concluyeran para tener por fenecido el término.

48—No pueden los procedimientos antiguos continuar empleandose en los asuntos anteriores por la imposibilidad de hacer revivir las formalidades abolidas, en gracia de solo un individuo, y por la naturaleza de los mismos procedimientos que, teniendo por objeto indagar la verdad ordenando el juicio, deben ser los que actualmente ve el lejislador que mejor conducen á ese efecto.

49—Las sentencias, en cuanto á su forma, estan comprendidas en los procedimientos: en cuanto á su esencia, siendo la aplicacion de las leyes á los casos particulares, deben, por regla general, fundarse en las leyes que rejian en la época en que tuvo lugar el contrato ó hecho sobre que recaen (2443 C. Pr.) salvo que se trate de materias en que segun los principios de que se ha hecho mérito, la ley nueva deba tener aplicacion, sin ser propiamente retroactiva.

50—Los recursos contra las determinaciones judiciales se rijen por los mismos principios que los procedimientos, de suerte que, en rigor, no puede tener lugar un recurso que, aunque reconocido al iniciarse el juicio, ya no es legal al tiempo de interponerlo. Y sin embargo, en este punto, por una consideracion de equidad, casi siempre las leyes que suprimen una

instancia ó recurso, contienen alguna disposicion especial acerca de los que estan pendientes. Por eso el artículo 1911 del Código de Procedimientos Civiles declaró que los recursos que estuvieran legalmente interpuestos cuando comenzara á rejir, serian admitidos, aunque conforme á él no debieran serlo; pero se sustanciarian de la manera que en él se previene para los de su clase. Por eso tambien, al abolirse por decreto de 1.° de Junio de 1882, el recurso de súplica, se declaró que esa abolicion no obstaba para que continuasen su curso las súplicas que estuvieran ya otorgadas.

51—Lo que se dice de los procedimientos es aplicable á las leyes que amplian, restrinjen ó suprimen los fueros especiales, y en conformidad á esto, el Decreto de 25 de Agosto de 1835 declara que tales leyes rijen desde la fecha de su publicacion, aun respecto de las causas que versan sobre delitos ó contratos anteriores. Si la ley declara, por ejemplo, que no hay fuero militar en asuntos civiles, los juicios pendientes pasan desde luego para su prosecucion y fenecimiento á los tribunales comunes. Así, el art. 589 de la segunda parte del Código Militar, habiéndose suprimido el fuero en asuntos civiles de mayor cuantia, mandó pasar desde luego los juicios pendientes á los Juzgados de 1.ª Instancia que correspondiera, con previa citacion de las partes.

52—Los medios de prueba no pueden considerarse como simples procedimientos; afectan la parte sustantiva del derecho, y así, cuando se trata de probar en juicio una obligacion, no se atiende para esa prueba á la ley del tiempo en que se ejecutó la accion, sino á la del tiempo en que se verificaron los hechos de don-

de nace, porque de otra suerte se opondria á la intencion manifiesta de los contrayentes y se perjudicaria su derecho cuando ellos no dejaron de observar ley alguna. Así, si ántes del Código se contrajo una obligacion, aunque sea por mas de 500 pesos, podria hoy probarse con testigos á pesar de que el Código ya no admita esa prueba.

53—Ejecucion de contratos y sentencias. Ejecutoriadas estas ó perfeccionados aquellos, nacen para las partes interesadas, acciones que se cuentan entre los derechos adquiridos; y así, subsisten aunque cambien las leyes, solo que el modo de ejecutarlos, ó sea la forma en que ha de exijirse su cumplimiento, se rije por las leyes posteriores por ser futura todavia.

54—Aquí tambien, lo dicho de los contratos, es aplicable á los cuasi-contratos. Conforme á esto, el artículo 1913 del Código de Procedimientos Civiles estableció que, al publicarse éste, quedaban subsistentes los nombramientos de tutores y curadores hechos con anterioridad á la fecha en que comenzaba á rejir; pero que, en el ejercicio de sus funciones, y en la duracion de ellas, se sujetarian á lo prescrito en el Código Civil. El 1914 dispuso qne los negocios relativos á tutela, á testamentarías y á intestados, anteriores al Código Civil, se sujetaran á los requisitos que acerca de ellos se exijen en éste, ya para la administracion y su garantía, ya para la rendicion de cuentas ó el procedimiento.

55—Prescripcion. La prescripcion, mientras no está cumplida, no es un derecho adquirido sino una

cosa futura, sujeta á las leyes que se den antes de que se consume, las cuales pueden por consiguiente restrinjirla ó modificarla. Entre las disposiciones transitorias puestas al final del Código de Procedimientos Civiles se contiene la del artículo 1916 que, aclarado por el artículo 332 del Decreto respectivo de reformas, establece que la prescripcion se computará contando el período anterior al Código Civil conforme á la legislacion antigua, y el posterior á la fecha en que comenzó á rejir, conforme á éste. Pero si al comenzar á rejir, se hubiese cumplido el plazo de la prescripcion que el mismo designa, y no estuviese terminado el plazo reconocido por leyes anteriores, tendrá la persona contra quien se haya prescrito, el término de un año para hacer valer su derecho. Esta concesion se fundó en que el Código, limitando los términos de la prescripcion, podia causar perjuicios, teniendo por consumada, en un momento dado, una prescripcion que no lo estaba, conforme á las leyes bajo las que habia comenzado; y para no causar ese perjuicio, era indispensable conceder algun tiempo para el ejercicio de ese derecho que conforme á la ley anterior, no se habia estinguido. Supongamos, por ejemplo, que un individuo tenia á su favor una accion hipotecaria. Conforme á la ley 63 de Toro, el término de prescripcion era de 30 años y conforme al artículo 658 del Código Civil es de quince. Si al comenzar á rejir este, iban corridos diez, el acreedor cuenta con otros cinco; pero si iban corridos diez y seis, si bien es cierto que no tendrá los catorce que todavia faltaban segun la ley antigua, tambien lo es que no se tendria por prescrita inmediátamente la accion, en virtud de haber pasado

mas de quince años, sino que el acreedor tendrá un año mas para ejecutarla. De lo contrario, se perderia el derecho adquirido de poder aun llevar á cabo la accion, y el deudor convertiria su prescripcion futura en derecho adquirido. Para evitarlo, dando al mismo tiempo toda su fuerza á las nuevas leyes, el Código arregló las prescripciones pendientes de modo que no perjudicaran los derechos adquiridos al tiempo de su promulgacion.

56—Delitos y faltas. En materia penal es mucho mas indispensable el principio de que la ley no tiene efecto retroactivo. Los hechos ejecutados cuando no habia ley que declarase á su autor sugeto á responsabilidad criminal, estan fuera del alcance de toda ley posterior. Los hechos ejecutados cuando la ley imponia á su autor determinada pena, que por otra disposicion se ha aumentado, antes ó despues de juzgados definitivamente, no pueden rejirse en la penalidad por la ley posterior que agravó el castigo. En este concepto, el artículo 17 del Código penal comun y el 16 del penal Militar, declaran que, no será castigado ningun delito ni falta, con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpretacion.

57—El efecto retroactivo seria injustificable para agravar la posicion del reo del delito; pero no sucede lo mismo cuando la retroacion va á serle favorable. Así el artículo 18 del Código penal comun consigna que siempre que la ley modera la pena señalada á un delito ó falta, y se publicare antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito ó falta, disfrutarán éstos del beneficio de la ley. Mas amplio todavia el artículo 17 del Código pe-

nal militar, establece que las leyes penales militares tienen efecto retroactivo en cuanto favorecen al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquella, hubiera recaido ya sentencia firme, y el condenado estuviera cumpliendo ya su condena.

58—Estas disposiciones se entienden en términos que si la ley posterior declara no justiciable el hecho que á la época de la ejecucion constituia delito, no se impone á su autor ninguna pena: que el delincuente puede acojerse á todas las disposiciones favorables posteriores, aunque no reduzcan directamente la pena, por ejemplo, á las leyes nuevas que fijen menores términos para la prescripcion de las acciones penales; y por último, que de todas las leyes que han rejido en el tiempo corrido desde la ejecucion del delito hasta la sentencia, debe tomarse la mas benigna para el procesado.

59—Esto se funda en que en lo criminal no hay el conflicto de derechos privados que hay en lo civil; y la aplicacion inmediata de la nueva ley mas benigna, no infiere perjuicio á nadie. Es verdad que hay un interes social que reclama el castigo; pero ese interes no tiene en mira la venganza sino la represion competente del delito. Si la ley posterior declara que el hecho que antes se castigaba como delito, no lo es, seria injusto é inmoral que se impusiera castigo á los que lo ejecutaron, solo por haber sido antes de la última ley. Si la ley posterior considera que las anteriores fijaban una penalidad excesiva é inconveniente, y por eso la ha reducido, no se debe emplear aquella pena mas rigorosa, pero reprobada ya por la ley á causa de su rigor y desproporcion.

60—En cuanto á las acciones civiles que nacen de

los delitos, como en ellas no se trata de un interes social, sino del interes particular, de la indemnizacion á que tiene derecho todo el que ha sido perjudicado por hecho de otro, pertenecen á lo pasado y se rijen por lo mismo, en cuanto á su fondo, por las leyes de la época en que tuvo lugar el hecho que les dió oríjen.

61—LEYES DEL ÓRDEN POLÍTICO. En esta materia que es de órden público, tiene lugar tambien el principio de la no retroacion; pero presentándose el caso en que el efecto retroactivo de una ley fuese provechoso á los intereses públicos, sin perjudicar á los particulares, podria dársele sin inconveniente, y la ley seria no solo útil sino justa. En lo relativo á la seguridad de la nacion y al órden público, no hay derechos adquiridos de los individuos; y asi, una ley sobre esas materias destruye los efectos de las leyes anteriores, que sean contrarias á ella.

62—La retroaccion de las leyes de Derecho Público se verifica tambien cuando se refieren al ejercicio de los derechos políticos. El Estado, como hace notar Pacheco, es siempre dueño de fijar la capacidad política de los ciudadanos, estendiendola ó restrinjiéndola, porque esa capacidad ó estado es una convencion puramente social, que solo dá facultades ó aptitudes, que no se adquieren irrevocablemente, sino que se ejercen miéntras dura la ley que las crea. Y por otra parte, sometida inmediatamente la capacidad política al interés público, puede la ley variarla, cuando así lo exijan las ciscunstancias de la sociedad, sin que por eso viole derechos adquiridos. Si se da una ley para que puedan ser electores los que tengan 21 años, aunque ántes hubiese habido otra que exijiera 25, la

primera se aplica á todos; y si el caso fuera á la inversa, se aplicaria la segunda á todos, aun á aquellos que ya hubieran alguna vez ejercido ese derecho, mediante la ley anterior. Lo que sí no podrá hacer la ley nueva es anular los actos ya ejecutados y consumados en virtud de la ley anterior, porque se verificaron teniendo en su apoyo la capacidad otorgada por la ley existente entónces.

63—LEYES INTERPRETATIVAS. Algunos afirman que las leyes interpretativas, esto es, las que aclaran ó esplican una ley anterior, tienen efecto retroactivo. Lo tendrian ciertamente, si fueran con propiedad una ley nueva, pero, en rigor, no son mas que una declaracion interpretativa. Así como el Juez, al declarar el sentido de una sentencia oscura, no da una nueva sentencia sino meramente una declaracion de la ya pronunciada, el legislador, al declarar el sentido de una ley oscura, no da una nueva ley, sino una declaracion de la dictada con anterioridad. Esa declaracion no manda, prohibe ó permite nada por sí misma, sino que espresa con mas claridad lo que una ley anterior habia ya mandado, prohibido ó permitido. Ese acto es seguramente retrospectivo, porque mira hácia atras, esto es, á la ley cuyo sentido declara, pero no retroactivo, porque no obra hácia atras, desde que no lleva en sí efecto propio, sino el de la ley que interpreta y á la cual se incorpora. Mas esta ley, aunque oscura, ha sido obligatoria desde su promulgacion, y por erroneo que sea el sentido que se le hubiese dado, no por eso la declaracion que la interpreta podrá afectar en manera alguna las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio; de otro modo, sí tendria la decla-

racion efecto retroactivo sobre hechos ya consumados (Chacon, Esposicion razonada.)

64—Lo mismo debe suceder con las leyes que rectifican errores de otras. La ley correctoria se retrotrae al tiempo de la ley correjida, pero dejando subsistentes los derechos adquiridos en virtud de la ley erronea.

PARRAFO SESTO.

EFECTOS DE LAS LEYES.

65—El efecto inmediato de toda ley debidamente publicada, es obligar á todos á observarla. Sin necesidad de enterar á todos los individuos, de uno en uno, de lo que la ley dispone, hay una presuncion que no admite prueba en contrario, de que una vez publicada en forma, todos la conocen porque todos estan obligados á conocerla. De allí los principios de que: *la ignorancia del derecho no aprovecha* y de que: *tanto da conocer efectivamente la ley como haber debido ó podido conocerla.*

66—Consecuencia inmediata de lo que acaba de decirse es que nadie pueda alegar en su favor la ignorancia de las leyes (19 C.) La prueba de que una persona en particular ha tenido conocimiento de la ley es casi imposible, ó muy difícil en la mayoria de los casos, y envuelve graves inconvenientes; y la igualdad legal exije que no se hagan escepciones, comprendiendo en ellas á las mujeres, á los aldeanos, á los militares y á los menores que, como en la legis

lacion española, vendrian á constituir la regla general, erijiendo en principio la inobservancia autorizada de las leyes.

67—Consecuencia del carácter obligatorio de la ley es tambien que no pueda ser renunciada (7 C.) De lo contrario quedaria en mano de los individuos que habian de respetarla y cumplirla, dejarla sin efecto, con solo hacer renuncia de ella. Acerca de este particular, hay que tener presente que las leyes pueden ser *prohibitivas*, *preceptivas* y *permisivas*. *Prohibitivas* las que, como su nombre lo indica, prohiben alguna cosa, por ejemplo, que el tutor adopte á su pupilo ántes de terminada la tutela y aprobadas las cuentas (270 C.): que se renuncie el derecho de prescribir (634 C.) Leyes de esta especie claro es que no admiten renuncia. Hay otras *preceptivas* que mandan que se haga esto ó aquello, que se proceda de este ó del otro modo, por ejemplo, que en el otorgamiento de los testamentos deban concurrir tales ó cuales circunstancias, tales ó cuales otras solemnidades: que los contratos cuyo interes esceda de quinientos pesos se hagan constar en escritura pública ó privada. Estas leyes que equivalen á prohibir lo contrario de lo que en ellas se prescribe, siguen la misma suerte de las prohibitivas, y en consecuencia, tampoco cabe renunciar de ellas. Finalmente, hay leyes llamadas permisivas, porque se limitan á conceder una facultad de la que puede ó no hacerse uso, y por lo mismo que se trata de un derecho facultativo, no hay inconveniente en que se renuncien, siempre que en realidad el derecho sea puramente privado, sin afectar el órden público ni las buenas costumbres que van comprendidas en aquel, ni los

lejítimos derechos de un tercero. Así, la ley concede al fiador el derecho de pedir que se ejecute al deudor ántes que él; pero es libre para renunciarlo (2227 C.): así tambien la ley da á las partes para la prueba de los hechos que se controvierten, el término de cuarenta dias; pero las partes pueden pedir que se dé por concluido el término renunciando á él, aunque no esté vencido todavia (662 Pr.) Así es, á la inversa, que la ley no admite el pacto de que no quede el vendedor sujeto al saneamiento que resulta de un hecho personal suyo (art. 1586 C.) Mas cuando la ley prohibe la renuncia, aunque sea de un derecho facultativo, no puede hacerse; por ejemplo, la facultad de revocar la donacion (733 C.) La mujer no puede renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir separacion de bienes. (1165 C.)

68—El artículo 7. ° del Código Civil que se refiere á ese particular ha quedado modificado por el 2. ° del Decreto de Reformas de 20 de Febrero de 1882 en el que, consignándose con mas claridad y precision los principios de la materia, se dice: "Pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren al interes individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia: pero no podrán derogarse por convenios particulares las otras leyes en que está interesado el órden público."

69—Las leyes prohibitivas de que ya se ha hecho mencion tienen por objeto reprimir ciertos hechos, aunque con una sancion meramente civil sin acudir al castigo público que imponen las leyes penales. La prohibicion se propone precaver un fraude ó evitar que produzcan derechos, actos contrarios á

ella, al interes social y á las buenas costumbres. Siendo tal el fin, su efecto natural es la nulidad del acto prohibido ú otra consecuencia señalada especialmente por la ley; y de aquí se infiere que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas son nulos escepto en los casos en que las mismas leyes acuerdan su validez (9 C.)

70—A veces la misma ley prohibitiva contiene la declaracion especial de nulidad de los actos contrarios á ella, pero esto no es indispensable para que haya nulidad, á ménos que la misma ley disponga otra cosa: así, se prohibe que el fiador se obligue por mayor cantidad ó con mas gravámen que el fiado; y no obstante, no es nula la fianza sino que solamente se tiene por no hecha en cuanto al esceso (2223, 2224 C.) porque la ley así lo declara.

71—Cuando la ley declara nulo algun acto, con el fin espreso ó tácito de precaver un fraude ó de proveer á algun objeto de conveniencia pública ó privada, no puede dejar de aplicarse la ley aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento y contrario á su fin (10 C.) Si se permitiera esa prueba, seria fácil, por una parte, eludir la ley, so pretesto de interpretaciones equitativas para casos particulares; y por otra, quedaria su aplicacion al arbitrio del Juez, lo cual debe evitarse. Si un testador, por ejemplo, instituye por herederos á su confesor, ó al escribano que autoriza el testamento, será nula la institucion, aunque se pruebe que no hubo sujestion ni influencia del confesor ni fraude del escribano, porque la ley lo prohibe con un fin de conveniencia pública, cual es que no se violente, coarte ó suplante la voluntad del testador (811 C.)

PARRAFO SETIMO.

ESTENSION JURISDICCIONAL DE LAS LEYES.

72—Para proceder con mayor claridad en esta materia, es decir, para determinar á qué personas, cosas y contratos se estiende el imperio de una ley, conviene tratar de su estension respecto de las personas, de los bienes raices, de los muebles y de las formalidades esternas de los actos jurídicos. Al efecto, las leyes se dividen en *personales* que reglamentan el estado y la capacidad civil de las personas: en *penales* y *de policia* y *seguridad* que tienen por objeto la represion de los delitos, la conservacion del órden publico y la seguridad del Estado y de los ciudadanos: en *reales*, que recaen sobre la calidad y derechos de los bienes ó cosas; y en *formales* que reglamentan las formas esternas de los actos ó procedimientos.

73—Las leyes penales, de policia y de seguridad, obligan á todos los que se encuentran en Guatemala, sean residentes ó transeuntes, nacionales ó estranjeros, salvas las disposiciones establecidas por el derecho internacional (artículos 4 C. y 100 del Dec. de 30 de Setiembre de 1879.) La razon es que todo el que se halla en Guatemala está protejido por sus autoridades en su persona y en sus bienes, y debe, por lo mismo, someterse á las leyes que, para prestar esas garantías,

consignan las disposiciones convenientes, ya penales ya de seguridad y policia. El órden no podria conservarse, ni mantendria el Estado su soberanía si se dispensara su observancia, y si se admitieran en el particular otras escepciones que, las que el derecho de jentes ha consignado, para guardar toda consideracion á la independencia del carácter diplomático. Cualquier estranjero pues, ó nacional que, fuera de esos casos de escepcion, infrinja en Guatemala una ley penal ó un reglamento de policia, será juzgado por los jueces y tribunales de Guatemala con arreglo á nuestras leyes y sufrirá la pena que ellas hayan determinado. Aun cuando el delito haya sido cometido fuera del territorio de Guatemala, hay casos en que el Código de Procedimientos Criminales atribuye competencia á nuestros jueces para conocer de esos procesos, dadas ciertas circunstancias (artículos 23, 24, 25)

74—La *ley personal ó estatuto personal*, segun esplican Laserna y Montalban *es la que se refiere directa y esclusivamente al estado civil de la persona*, y por lo tanto, á su condicion y capacidad para los actos de la vida civil. El estatuto personal, dicen, sigue al hombre donde quiera que esté y le sujeta á la ley del país á que pertenece. Con arreglo á ella se decide si uno es nacional ó no, si está ó no en el ejercicio de sus derechos civiles, si es padre ó hijo de familia, lejítimo ó ilejitimo, mayor ó menor de edad: se determina la estension, derechos y deberes de la autoridad paterna, la lejitimacion, la adopcion y la emancipacion: la constitucion, naturaleza, facultades y responsabilidad de los tutores y guardadores de los menores ó incapacitados, el llamamiento de los que han de desempeñar

esas funciones: la capacidad para contraer matrimonio; la validez intrínseca del acto y sus efectos civiles respecto á la autoridad marital, tanto en lo que concierne á las personas como á los bienes de cada uno de los conyujes y de la sociedad conyugal; la disolucion del matrimonio, el divorcio ó separacion de los casados; la capacidad de obligarse y de obligar á otros, la de comparecer en juicio, la de testar y adquirir por testamento, y la de trasmitir y adquirir por sucesion intestada. En estas materias, el estranjero que está en Guatemala sigue sujeto á la ley del país á que pertenece, como lo está á las de Guatemala el guatemalteco que se halla en el estranjero mientras conserva su nacionalidad. La ley declara, por ejemplo, la mayoría á los 21 años: ningun guatemalteco se reputará mayor hasta esa edad, aun cuando estuviera en un país cuyas leyes fijaran la mayoría á los 18 años. Y si por el contrario, estuviera en un país en que la mayoría fuese á los 25 años, le bastaria haber cumplido 21 para ser mayor. Así tambien, el matrimonio entre estranjeros, celebrado fuera de Guatemala surte aquí todos sus efectos civiles, si es válido en el país en que se celebró (121 C.) y por eso tambien es condicion indispensable para que produzca efectos civiles en Guatemala el matrimonio celebrado por un guatemalteco ó guatemalteca en el estranjero, que no hayan contravenido á nuestras disposiciones legales relativas á la aptitud para contraer matrimonio y al consentimiento de los padres (133 C.)

75—Las *leyes reales* son *las que tienen por objeto principal los bienes, sin consideracion al estado ó á la capacidad de las personas;* y los bienes se dividen en muebles é inmuebles. Los muebles por su natu-

raleza siguen la condicion de la persona á quien pertenecen, y conforme á los principios sancionados por el derecho internacional, que son los que rijen en falta de disposicion especial, quedan sujetos á la ley personal del propietario. Esto se ha consignado en el aforismo conocido: *los muebles se adhieren y siguen á la persona.* En algunos Códigos se ha declarado que se gobiernan por la ley del lugar en que se encuentran, fundándose en que con la soberanía de ese país es con la que efectivamente estan en relacion, en que á su imperio estan realmente y de hecho sometidos, y en que, puesto que la sumision de los muebles á tal ó cual ley, jamas deja de ser instable, debe establecerse respecto de la ley del país en donde estan, mas bien que respecto de cualquiera otra. El artículo 15 del Código nuestro establece que, en los contratos celebrados ó testamentos otorgados por un estranjero y que hayan de ejecutarse en la República, el otorgante será libre para elejir la ley á que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto, en cuanto al interes que consista en bienes muebles.

76—En cuanto á los bienes raices sitos en la República, el artículo 5. ° declara que rejirán las leyes guatemaltecas, aunque sean poseidos por estranjeros. Prevalece pues, sobre inmuebles, la ley del lugar de la situacion, *lex loci rei sitae.* Los inmuebles hacen parte del territorio y forman uno de los elementos de la soberanía nacional; y así como la soberanía extiende y debe extender su accion á todas las personas que forman la nacion como miembros de ella, de la misma manera se extiende y debe extenderse á todas los propiedades que forman parte de su territorio.

77—A la clase de leyes reales pertenecen las que

clasifican las cosas en muebles y raices y las que ordenan las adquisiciones por accesion á raices, la constitucion de las servidumbres personales y reales legalmente admitidas, y la estension derechos y obligaciones de aquellos á cuyo favor se hallan constituidas esas servidumbres ú otras convencionales. Esas mismas leyes, haciendo abstraccion de la capacidad que por regla general tiene el ciudadano, rijen en lo concerniente á la sucesion intestada y á su division, por la parte que á los inmuebles se refiere; en su toma de posesion, en el modo de conservarlos, trasmitirlos y de inscribirlos en los rejistros de la propiedad inmueble, en las obligaciones que nacen de su enajenacion, en las causas porque esta se anula, resuelve ó rescinde, en las obligaciones que provienen de su arrendamiento, en su espropiacion por causa de utilidad pública, en su prescripcion y en la estension de las acciones para su reivindicacion.

78—Las leyes *formales* son *las que determinan las solemnidades de los actos lícitos*, por ejemplo, de los contratos, testamentos, juicios &. Esas solemnidades se dividen en internas y esternas: las *internas* constituyen la esencia legal del acto, por ejemplo, tratándose de una venta, que la cosa sea vendible; de un testamento, que el heredero no tenga prohibicion de heredar. Estas solemnidades internas son pues, el objeto de las leyes reales y personales, y por esto, el artículo 15 del Código establece que, en órden á la solemnidad interna de contratos ó testamentos que hayan de efectuarse en la República y versen sobre raices en ella situados, debe observarse la ley de Guatemala.

79—Las solemnidades *esternas* son las que se re-

fieren á la forma ó requisitos externos de que ha de revestirse un acto. El testador solo puede instituir heredero al que tenga capacidad para heredar, y observándolo así, guarda una solemnidad interna: la solemnidad externa consistirá en que concurran las condiciones exijidas para su otorgamiento, en cuanto á concurrencia de Escribano, número de testigos &.

80—Tratándose de la forma de los actos ó instrumentos, ó sea de las solemnidades externas, el principio de derecho internacional es el siguiente: *locus regit actum*, esto es, *la ley del lugar en que pasa el acto, cualquiera que ella sea, es la que rige respecto de su forma*. Si así no fuera, el individuo se veria imposibilitado para ejercer acto alguno legal fuera de su patria, ó los encargados de redactar esos actos tendrian que conocer las formalidades de todas las diversas naciones para ajustar á ellas la forma de cada convenio, segun la nacionalidad de los contratantes. Reconocimiento del principio espuesto es la disposicion del artículo 15 del Código Civil que declara que, respecto de la forma ó solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del pais en que se hubiesen otorgado. Mas cuando el acto haya dé tener ejecucion en el territorio de la República, y puedan en pais extranjero, llenarse las formalidades prescritas por nuestras leyes, no hay razon para exigir precisamente que las formalidades sean las prescritas por las leyes del lugar en que pasa el acto, y no puedan ser las que requieren las nuestras; y con ese motivo, el artículo deja en ese caso, á los guatemaltecos ó extranjeros residentes fuera de la Repú-

blica, en libertad para escoger las formas exteriores ordenadas por la ley del lugar en que el acto pasa, ó por el Código nuestro.

81—En aplicacion de estos principios, el matrimonio contraido en el extranjero por guatemalteco ó guatemalteca, produce aquí efectos civiles, si apto el contrayente por nuestras leyes, hace constar que se celebró con las formas y requisitos que, en el lugar de su celebracion, establece la ley respectiva (133 C.)

82—El testamento de un guatemalteco en pais extranjero vale cuando se otorga en la forma que establezca y ante quien determinen las leyes del pais en que se halla el testador; y valdrá tambien otorgándolo ante el agente diplomático, ó en su falta, ante el agente consular de Guatemala, observándose en cuanto al número de testigos y demas solemnidades, las disposiciones del Código (789 C.)

83—Los instrumentos públicos otorgados en el extranjero hacen fé como tales, estando debidamente traducidos, autenticados y legalizados, y con el pase del Presidente del Poder Judicial; pero la parte contra quien se presenten, puede alegar y hacer uso de los recursos que le favorezcan conforme á las leyes de la República (682, 684 C. pr. 1.° del Dec. de 22 de Noviembre de 1879 y art. 14 inc. 1.° Dec. de 17 de Febrero de 1880.)

84—Relativamente á las sentencias dictadas en pais extranjero, tienen en la República la fuerza que establezcan los tratados respectivos, y en falta de ellos, se seguirá el principio de reciprocidad, haciendo lo mismo que en el pais de donde proceden, se ob serva con las nuestras (1563, 1564, 1565 C. Pr.) De todos modos, para que tenga fuerza la ejecutoria ex-

tranjera, debe reunir las circunstancias siguientes: (1566 C. Pr.)

1. ª Que haya sido dictada á consecuencia del ejercicio de una accion personal.

2. ª Que no haya recaido en rebeldía.

3. ª Que la obligacion para cuyo cumplimiento se ha procedido, sea lícita en la República.

4. ª Que sea ejecutoria conforme á las leyes de la nacion en que se dictó.

5. ª Que reuna los requisitos necesarios segun el Código para ser considerada como auténtica.

85--Acerca de procedimientos judiciales, es principio universalmente aceptado que deben emplearse los establecidos por las leyes de la nacion ante cuyos tribunales se litiga, sea cual fuere el oríjen de la accion. Ni podria ser de otro modo sin introducir la confusion mas monstruosa, poniendo ademas á los jueces en una verdadera imposibilidad, ya que tendrian que conocer y aplicar, segun cada caso, los procedimientos fijados por leyes extranjeras, y de acomodarlos á una organizacion diversa.

86—Por lo dicho se ve que habrá algunos casos en que nuestros tribunales, por tratarse de esos actos que hacen relacion al Derecho Internacional privado, deban resolver segun la ley estranjera, como escepcion al principio de que no se debe juzgar sino por lo dispuesto en las nuestras, ni dejar de aplicarlas (arts. 17 C. y 1. º 19 C. Pr.) Cuando eso suceda, como los tribunales guatemaltecos no estan obligados á conocer todas las leyes extranjeras, á saber si existen ó nó, y si están ó nó derogadas ó modificadas, el que funde su derecho en ellas está obligado á probar su existencia (16 C.) Esta es la prueba que

se llama *de ley* ó *fuero*, á la que se contrae el artículo 606 del Código de Procedimientos Civiles, estableciendo qne solo los hechos estan sujetos á prueba, y que el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras. Hablando con propiedad, aun entónces la prueba recae sobre un hecho, el de la existencia de esa ley extranjera. El artículo 16 ya citado del Código Civil decia tambien que habia de probarse que la ley extranjera era aplicable al caso en cuestion; pero esta última parte quedó suprimida en la reforma, porque ese punto es una cuestion de derecho que debe quedar al criterio del Juez, del mismo modo que queda la resolucion de si las leyes nuestras son ó nó aplicables al caso en que alguno las invoca en apoyo de alguna accion 3. ° Dec. núm. 272.)

PARRAFO OCTAVO.

INTERPRETACION DE LAS LEYES.

87—La interpretacion de la leye es *la declaracion de los conceptos de una ley que aparecen dudosos, oscuros, ó presentan varios sentidos, ó estan en oposicion con otras leyes.* La interpretacion tiene pues, por objeto, darle su verdadero sentido, ó sea comprender la intencion del legislador y el objeto y estension de la ley. La interpretacion es muchas veces necesaria, ó porque realmente la ley se presta á oscuridad y duda, ó por la imperfeccion del lenguaje, ó porque la ley indispensablemente tiene

que ser general, mientras que hay una infinita variedad en los casos á que se aplica, en los detalles que se ofrecen y en las circunstancias que los rodean.

88—Los tratadistas distinguian tres clases de interpretacion: la *auténtica*, la *usual* y la *doctrinal*. *Auténtica* la que se hace por el mismo legislador declarando el sentido de la ley: *usual* la que emanaba de la costumbre, dando á la ley el sentido en que se ha usado; y *doctrinal* ó *científica* la esplicacion racional de la verdadera inteligencia de la ley, hecha por los que se dedican al estudio y á la exposicion del derecho.

89—La interpretacion auténtica es la única que tiene fuerza legal, y por consiguiente, la única admisible como obligatoria. Solo el que emitió la ley puede fijar legalmente su sentido, su inteligencia y estension; y en ese concepto, y refiriéndose á esa interpretacion con carácter obligatorio, es que el inciso 1.° del artículo 54 de la Constitucion señala como atribucion esclusiva del Poder Legislativo interpretar las leyes que deben regir en todos los ramos de la administracion, siguiendo el aforismo de derecho: *ejus est legem interpretari cujus est legem condere:* solo puede interpretar el que puede legislar.

90—El sentido que se haya dado especialmente por los tribunales en sus resoluciones á una ley, ó sea la interpretacion usual, no tiene fuerza obligatoria desde que es una prohibicion la de juzgar por ejemplos ó precedentes (Inc. 1.° art. 19 C. Pr.)

91—La interpretacion doctrinal tampoco tiene fuerza legal obligatoria sino la de las razones y fundamentos en que se apoye. Es indispensable, sin embargo, para el estudio ó inteligencia de los testos le-

gales, y es la que viene á formar la ciencia del derecho ilustrando á los que tienen que aprender y aplicar sus disposiciones.

92—Para esta interpretacion que es la misma que debe hacer el Juez cuando aplica un precepto legal que ofrece alguna duda, sirven en lo general los principios racionales de una filosofía concienzuda y las reglas de lógica para el descubrimiento de la verdad. El Código consigna además como guias principales algunas de las reglas contenidas en los Códigos antiguos, y son las siguientes:

93—1.ª—*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal á pretesto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una espresion oscura de la ley, recurrir á su intencion ó espíritu claramente manifestados en ella misma ó en la historia fidedigna de su establecimiento. (2425 C.) Esta historia la componen los motivos que tuvo el legislador para adoptarla, consignados por lo regular en los considerandos que preceden á la parte dispositiva de la ley: la comparacion entre la nueva ley y la antigua, y el exámen de los defectos de esta que el legislador se propuso remediar y de la innovacion ó mejora que se quiso introducir, la discusion de la ley y los motivos de las variaciones y enmiendas que en la discusion haya sufrido.

94—2.ª—*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, segun el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido espresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal* (2426 C.) La razon es que en caso de duda, y no habiendo razon en

contrario, debe presumirse que el legislador usa las palabras en el sentido que todos les dan. Pero cuando espresamente les da otra significacion para casos determinados, debe en esos casos estarse á ella, porque no hay duda ya respecto de su intencion y voluntad. Así, para los efectos legales solo se llama *ausente* el individuo cuyo paradero se ignora ó que se halla fuera de la República (84 y 85 C.) Así, los artículos 600 y 601 definen lo que se entiende por *mala fé* en materia de accesion: el 647 reformado esplica lo que se llama *justo título* para la prescripcion; y el artículo 811 espresa que para el caso de prohibicion de heredar, se entiende por *confesor del testador*, el sacerdote con quien este se hubiere confesado, aunque no haya sido mas que una vez.

95—3. ª —*Las palabras técnicas de toda ciencia y arte se tomarán en el sentido que les dan los que las profesan, á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso* (2427 C.) Respecto de esta regla debe decirse lo mismo que de la anterior: si la palabra técnica se ha empleado impropiamente en la ley, pero aparece con claridad que en ese sentido impropio la tomó el legislador, no puede tomarse en otro que, aunque sea el propio, no es el que se le quiso dar.

96—4. ª —*El contexto de una ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía.*

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (2428 C.

Las disposiciones de una ley tienen todas entre sí

íntima relacion, y todas y cada una espresan y completan el pensamiento del legislador, de modo que para descubrir la verdadera inteligencia de cada una de sus partes hay que estudiar el todo. *Incivile est*, decia la ley romana, *nisi tota lege prospecta, judicare vel respondere.*

97—5. ☞—*Lo favorable ú odioso de una disposicion no se toma en cuenta para ampliar ó restrinjir su interpretacion. La estension que deba darse á toda ley se determinará por su genuino sentido y segun las reglas de interpretacion precedentes* (2429 C.) Cuando la ley es clara, por dura que sea, por contraria que aparezca á la equidad, no puede prescindirse de ella, porque en todo caso, mientras el legislador no la reforma, vale mas someterse á una regla escrita, cierta y conocida que hacer prevalecer la arbitrariedad sobre la ley. Así pues, habiendo claridad en la disposicion de la ley, debe, conforme esplica Chacon, dársele su genuino y natural sentido, y no desatenderse su tenor literal á pretesto de que, consultando su espíritu, se puede ampliar ó restringir su alcance, segun que el objeto á que se refiere, sea favorable ú odioso. Si por razon de equidad, ó de lo odioso y de lo favorable, fuera lícito estender ó restringir la ley fuera de sus términos claros y precisos, la interpretacion seria superior á la ley. Sin embargo, en materia de servidumbres el artículo 1300 establece que cualquiera duda sobre su uso y estension, se decida en el sentido ménos gravoso para el predio sirviente, sin imposibilitar ó hacer muy difícil el uso de la servidumbre.

98—6. ☞—*En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretacion precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros ó contradictorios del mo-*

do que mas conforme parezca al espíritu general de la legislacion y á la equidad natural (2430 C.) Del contenido de esta regla y de su esplicacion habrá oportunidad de hablar al tratar mas adelante de la aplicacion de la ley.

99—7.ª—Como regla de interpretacion ha de tenerse tambien la de que *las disposiciones de una ley, relativas á cosas ó negocios particulares, deben prevalecer sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras no hubiere acuerdo* (8 C.) Esta regla es una aplicacion del principio de que *lo especial deroga lo general*: si una disposicion de la ley se fijó en todos los casos generales y otra en alguno ó algunos particulares, con circunstancias y detalles propios, esta última que es mas concreta y determinada debe naturalmente, en caso de conflicto, tener preferencia sobre la otra, en las cosas ó negocios particulares á que se refirió, por lo mismo que es mas circunscrita á ellos y que los considera de un modo ménos universal.

100—8.ª—Regla tambien de interpretacion en la aplicacion de la ley es que *el que ejerciendo su propio derecho, procura sus intereses, debe en caso de conflicto, y á falta de disposicion especial, ceder al que trata de evitarse perjuicios* (artículo 12 C.) El supuesto de la regla es, segun esplica uno de los individuos de la Comision de Códigos de la Baja California, que se estan ejercitando derechos de dos ó mas personas colocadas en diferentes condiciones; porque miéntras alguna ó algunas los hacen valer, encaminados á adquirir ganancia en virtud de un título puramente lucrativo, otra ú otras hacen valer unos que al no ser atendidos, producirian daños positivos que ven-

drian á menoscabar el patrimonio que estaba ya adquirido. En armonía con esta disposicion, no hay herencia ni legados mientras no estan pagadas las deudas del difunto. En armonía con ella, puede hacerse anotacion preventiva sobre bienes ya anotados, salva siempre la preferencia del título oneroso sobre el lucrativo (2120 C.)

101—A veces sucede que aparecen dos artículos del mismo Código en contradiccion que no puede salvarse. Algunos creen que en tales casos debe prevalecer la disposicion del que tiene un número de órden posterior, por suponer que con este se quiso derogar el anterior. No creo que esto pueda admitirse: una ley no se deroga por sí misma, ni un Código, que es un solo cuerpo, que recibe su fuerza legal de un solo y mismo acto, en un mismo momento, puede derogarse á sí propio: de lo contrario, lo que se habria hecho era suprimir el artículo anterior que quedaba derogado. No habiendo allí ley anterior ni ley posterior, porque esto supondria que habian sido emitidas en diferentes tiempos, pienso que deberia darse preferencia á la ley sustantiva sobre la adjetiva; y siendo ámbas de la misma especie, habria que decir francamente que la dificultad era insoluble, y que representarla para que el legislador le pusiera fin. Ejemplos de esas contradicciones se ofrecen, en materia de alimentos, entre los artículos 240 y 244: en el número de años cuyos réditos garantiza la hipoteca entre los artículos 2028 y 2392: en cuanto á la ejecucion contra tercer poseedor, entre los artículos 2034 C. y 968 inciso 2.° Procedimientos civiles: en cuanto al tiempo en que termina el derecho para reclamar las identidades entre los artículos 2403 C. y 1432 C. Pr.: en cuanto al término para

pedir posiciones, entre los artículos 231 y 634 C. Pr.: en cuanto al efecto de la confesion judicial, entre los artículos 640 y 650 C. Pr.; y en muchos otros; pero todas esas contradicciones han desaparecido desde la emision del Dec. de Reformas á los Códigos que estudiándolas, puso en armonía las diferentes disposiciones.

PARRAFO NOVENO.

APLICACION DE LA LEY.

102—La aplicacion de las leyes civiles y penales que forman el derecho privado, á las cuestiones y hechos particulares, corresponde al Poder Judicial, por medio de los Jueces y tribunales (artículo 2.° del Dec. de 17 de Febrero de 1880.)

103—Los Jueces no pueden dejar de aplicarlas ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas (artículo 17 C.) porque para hacer esa aplicacion se hallan establecidos, y tanto faltarian á su deber negándose á aplicarlas, como aplicando, en vez de ellas, principios caprichosos y arbitrarios.

104—Alguna vez podrá acontecer que los Jueces no encuentren ley aplicable, ó que la que existe, aparezca oscura, ó dudosa ó insuficiente. El Código declara que, ni aun entónces, pueden suspender ni negar la administracion de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes (artículo 18 C.) Tan estricta es esta obligacion que faltar á ella, constituye motivo de res-

ponsabilidad criminal, y se castiga con la pena de suspension de oficio de seis meses á un año (200 C. Pen.) Las leyes establecen disposiciones generales que no pueden siempre amoldarse exactamente á los infinitos accidentes y especialidades de los casos particulares. Los Jueces, consultando la razon y el buen sentido, y los principios de una interpretacion lójica y justa, deben hacer la aplicacion del precepto jeneral á las cuestiones especiales: no puede ocurrirse en cada caso dudoso al legislador, porque se estableceria un caos en las resoluciones, y porque convirtiéndolo en Juez, se le despojaria del carácter de imparcialidad que debe tener al dar la ley, no fijándose en este ni en el otro caso, en esta ni en aquella persona, sino en la justicia y el interés social.

105—Y como la ley en realidad no puede preveerlo todo, y como por meditada que sea, siempre puede tener imperfecciones y vacíos, se ha señalado al Juez el camino que debe seguir para resolver esos casos difíciles. Debe atender: 1. ° al espíritu de la ley: 2. ° á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3. ° á los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran (18 C. inciso 12 artículo 16 C. Pr.)

106—La aplicacion por ànalojía no es mas que la aplicacion de la ley á un caso para el que no ha sido dictada, pero se estiende á él por la semejanza que hay, y en falta de otra mas adecuada y concreta. De aquí el principio de que *donde hay la misma razon de la ley, debe ser aplicable la misma disposicion.*

107—Las consultas que los Jueces pueden y deben

hacer respecto de las leyes cuya aplicacion ofrece dificultad, ó deben ser anteriores á todo caso particular, ó si el caso se ha presentado ya, deben ser posteriores á la resolucion de él. La disposicion que se dé en virtud de esa consulta debe servir para los nuevos casos que ocurran, y no para el que se presentó ya, el cual debe ser determinado por los Tribunales, del modo que les parezca mas justo, siguiendo las reglas de que se ha hecho mencion. Esas consultas se dirigen por los Jueces y Tribunales al Presidente del Poder Judicial, quien, con dictámen fiscal é informe suyo, las remite á donde corresponde (artículo 20 del Dec. de 17 de Febrero de 1880.)

108—En la aplicacion de las leyes civiles el órden es el siguiente: 1. ° las disposiciones posteriores al Código, y entre ellas principalmente la ley fundamental; 2. ° el Código; y 3. ° las leyes patrias vigentes el 15 de Setiembre de 1877.

109—Las leyes españolas vigentes en esa misma fecha, debian consultarse despues, segun el art. 2441 del Código que decia quedaban derogados todos los Códigos españoles que, en materia civil habian formado la legislacion del pais, las leyes, decretos, órdenes y resoluciones emitidas en materia civil desde el 15 de Setiembre de 1821, que se opusieran á las disposiciones del Código. Difícilmente hay materias de derecho civil no tratadas por el Código, y así, no se esplicaba por qué se dejaban vijentes, como derecho supletorio, todas las leyes anteriores españolas, cuyos inconvenientes, para que rigieran entre nosotros, fueron uno de los principales motivos para la formacion de Códigos propios. Pero esa dificultad quedó obviada ya por el artículo 371 del Decreto de

Reformas al Código Civil que declara derogados de una manera absoluta todos los Códigos y leyes españolas.

110—En materia de hacienda, de mineria, de los fueros de guerra y de comercio, se observan de preferencia sus Códigos, ordenanzas y reglamentos respectivos, sujetándose al Código Civil solo en lo que no se halle resuelto por ellos (2442 C.)

111—En materia de procedimientos solo rige el Código respectivo y las leyes posteriores á él (1917 C. Pr.) Lo mismo sucede en materia penal, pues por el artículo 446 del Código respectivo solo quedaron en vigor las leyes anteriores relativas á delitos especiales. Lo mismo en los procedimientos criminales. (151 C. Pr. Pen.)

PARRAFO DECIMO.

ABROGACION Y DEROGACION DE LA LEY.

112—La fuerza obligatoria de la ley subsiste miéntras el Poder competente no la declara sin vigor en todo ó en parte. Puede en efecto, suceder que la ley no deba subsistir, en su totalidad ó en alguna de sus disposiciones, porque hayan cambiado las circunstancias que la motivaron, ó porque haya variaciones en la sociedad que hagan inútil ó perjudicial lo que ántes era conveniente y aun necesario. Entónces, el

Poder que tuvo facultad para dar la ley, tiene facultad para modificarla ó derogarla.

113—Hay *abrogacion* de una ley cuando otra posterior la deja absolutamente sin vigor en todas sus disposiciones. Hay *derogacion* de una ley cuando la ley posterior solo deja sin efecto algunas, quedando subsistentes otras de las disposiciones de la anterior. Entre nosotros, sin embargo, y en muchas otras legislaciones, se usa casi esclusivamente de la palabra derogacion, aplicándola tanto á la anulacion completa como á la parcial de leyes anteriores.

114—La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior (11 C.) y esa derogacion ó reforma es atribucion esclusiva del Poder Legislativo (Inciso 1. ° art. 54 Const.) De aquí se deduce que no puede admitirse la costumbre contra la ley, ó lo que es lo mismo, que una ley no puede ser derogada por una costumbre ó práctica en contrario ó por el no uso de ella, ya que nada de esto constituye ley, y que una ley no puede quedar sin efecto sino mediante otra ley, ni corresponde la derogacion de ella mas que al Poder que tuvo facultad de formarla. El artículo 6. ° del Código Civil declara, de un modo terminante, que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre ó práctica en contrario. La razon que para ello se ha dado es clara: nadie puede eximirse del cumplimiento de la ley sin violarla é infrinjirla, y esa infraccion es un acto atentatorio á la soberania de la sociedad. Para que una costumbre derogue una ley, se necesita una sucesion de actos contrarios á ella, es decir, una constante violacion de la ley; y si permitiera esto, suministraria ella misma los medios de eludir sus pres-

cripciones y sancionaria su desobediencia y oposicion. Por otra parte, es cierto tambien que admitida la costumbre contra la ley, ademas de faltarse al requisito indispensable de la promulgacion, ningun jurisconsulto, ningun Juez podria saber qué leyes se hallaban vigentes y cuales estaban derogadas, puesto que bastaba una costumbre que no se promulga, para abrogar ó derogar una ley escrita.

115—La *derogacion* ó *abrogacion* de las leyes puede ser *espresa* ó *tácita*. *Espresa* cuando la nueva ley dice que deroga la antigua. *Tácita* cuando la nueva ley contiene disposiciones contrarias á las de la anterior, sin espresar que la deroga. Esta derogacion tácita se funda en que dos leyes de la misma naturaleza, inconciliables entre sí, y sobre la misma materia, no pueden existir á un tiempo, y debe suponerse así, que prevalece la posterior cuyo objeto debe ser corregir la anterior. En lo que no haya incompatibilidad, la ley anterior se tiene como incorporada en la nueva, de suerte que la derogacion tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo lo que no pugna con las prescripciones de la nueva.

116—Una ley general posterior no deroga tácitamente una ley especial anterior, porque no hay incompatibilidad de tal naturaleza que puedan presumirse *ipso jure* derogadas las disposiciones que no lo son espresamente. Otra cosa será si, con evidencia, por el objeto ó espíritu de la ley posterior, resulta el propósito de dejar sin efecto la especial anterior.

PARRAFO UNDECIMO.

DERECHO CIVIL.

117—Segun el objeto sobre que recaen, hay unas leyes *fundamentales*, otras *orgánicas* y *administrativas*, otras *civiles* que pueden propiamente ser tales, ó *de procedimientos*, ó *de comercio;* otras *penales*, *militares*, *fiscales* ó *de hacienda.*

118—La palabra *justicia* se toma unas veces por la razon ó legitimidad que asiste á una persona respecto de alguna pretension: otras, como una cualidad moral para dar á cada uno lo que legítimamente le corresponde: otras, como la conformidad de los actos con las leyes existentes; y otras en fin, como la aplicacion de esas mismas leyes, y aun como las personas que hacen esa aplicacion.

119—Las leyes civiles propiamente tales de que va á tratarse, pertenecen al derecho privado y son *las que determinan las relaciones particulares de los individuos entre sí en las diferentes circunstancias de la vida.* Estas leyes generalmente se denominan *sustantivas*, á diferencia de las que solo fijan la forma ó el procedimiento, que se llaman *adjetivas*, porque suponen una ley que determina la naturaleza y condiciones constitutivas de un acto. El conjunto de las leyes civiles es lo que forma el *derecho civil*, y la ciencia de ese derecho, ó sea el estudio razonado y filosófico de las leyes, constituye la *jurisprudencia.* La jurisprudencia examina los principios fundamentales y, aplicando ese criterio, explica y juzga las leyes

positivas existentes. El Código civil es la reunion ordenada y metódica de todas las leyes civiles que se refieren al Derecho privado.

120—El Derecho Civil y el Código en que se contiene,. se ocupa del hombre, de su personalidad y de sus derechos desde el instante de su nacimiento. Le sigue despues en las diversas situaciones de la vida, ya como miembro subordinado de una familia, ya como jefe de una nueva por medio del matrimonio; ya entrando en sociedad con otros. La accion de la ley aparece aun al acabarse con la vida los derechos del hombre, para fijar los efectos que respecto de los demás produce ese acontecimiento. El Derecho Civil no se ocupa solo de las personas, sino tambien de las cosas, elementos indispensables para la vida y comodidad del hombre: determina su calidad, el modo de adquirirlas, de poseerlas y de trasmitirlas, á fin de garantizar esos elementos precisos de la existencia del individuo. Por último, autoriza y reglamenta las relaciones entre los individuos que producen obligaciones recíprocas, para hacer eficaces y positivos sus efectos y precaver sus abusos.

121—Siguiendo esta division, que es la misma del Código, se tratará 1. ° de las personas, su estado, su capacidad y derechos en sus diferentes condiciones: 2. ° de las cosas, sus divisiones y diferencias, los modos de adquirirlas y conservarlas, de los derechos sobre ellas, de las desmembraciones que puede sufrir la propiedad y de la trasmision por sucesion testamentaria ó intestada; 3. ° por último, de las obligaciones y contratos, de sus caracteres, de las condiciones que deben tener para surtir efectos legales, de su cumplimiento y resolucion.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS Y SU DIVISION.

PARRAFO PRIMERO.

ESTADO NATURAL Y CIVIL.

122—Se coloca en primer lugar el tratado de las personas, porque ellas son los sujetos de los derechos.

123—Bajo la palabra persona se comprende *todo ser capaz de derechos y de obligaciones civiles*; y siendo capaces de esos derechos y obligaciones, tanto el hombre individualmente, como algunas asociaciones ó corporaciones en su carácter de tales, las personas son

naturales ó jurídicas (20 C.)

124—Persona natural es *todo individuo de la especie humana*, porque cualquiera es capaz de derechos, sean los que fueren su edad, sexo, estirpe ó condicion. Así pues, entre nosotros no cabe la distincion que hacian las leyes romanas entre hombre y persona: el esclavo era hombre y nó persona; mientras que en nuestra legislacion, hombre y persona natural son sinónimos.

125—Persona jurídica, en contraposicion á la persona natural, es *toda asociacion ó corporacion establecida con algun fin, ó por algun motivo de utilidad pública* (44 C.)

126—Los hombres, bajo cuya palabra se comprende en todas las disposiciones legales á los individuos de uno y otro sexo, cuando no distinguen espresamente, concretandose á los varones, (26 C.) tienen diferente condicion ó modo de existencia social que les dá distintos derechos y crea diversas relaciones legales. *La condicion en que cada persona se encuentra en sus relaciones de derecho*, es lo que se llama *estado*.

127—El estado es *natural* ó *civil*. Es natural *el que resulta de hechos naturales, independientes de la voluntad del individuo;* y es civil *el que resulta de las disposiciones de las leyes civiles*. La naturaleza misma es la que coloca al hombre en uno ú otro estado natural: la ley lo coloca, mediante algunas circunstancias, en uno ú otro de los estados civiles que ella reconoce. El estado natural y el civil, y su determinacion, son importantes porque forman el punto de partida de los derechos y obligaciones. La ley debe ser general é igual, pero ese mismo principio de igualdad exije, segun ya se ha dicho, que afecte diversa-

mente á las personas, conforme á su diferente capacidad física ó moral. Segun su estado natural los hombres se dividen 1. ° en nacidos y por nacer: 2. ° en varones y mugeres: 3. ° en mayores y menores de edad: 4. ° en capaces é incapaces.

128—A diferencia del estado natural que es la condicion en que el individuo ha sido puesto por la naturaleza, el estado civil es *una condicion ó calidad creada por las leyes civiles, mediante la cual se pueden ejercer con mas ó menos amplitud, ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles* (434 C.) En el estado civil se hacen las distinciones siguientes: 1. ° Entre guatemaltecos y extrangeros. 2. ° Entre domiciliados y no domiciliados. 3. ° Entre presentes y ausentes. 4. ° Entre personas que no tienen dependencia jurídica y las que sí la tienen de otras, por razon de matrimonio, de patria potestad, ó de tutela ó guarda. Estas disposiciones, ó proceden solamente de la ley, ó si dimanan de la naturaleza, como la paternidad, reciben de las leyes civiles su sancion y complemento.

PARRAFO SEGUNDO.

NACIDOS Y POR NACER.

129—Segun el estado natural, como que se funda en un fenómeno de la naturaleza, el hombre es nacido ó por nacer (21 C.) Desde que principia su existencia, necesita de algunos elementos y condiciones para continuarla; desde entonces, pues, goza de los derechos

que como hombre le reconocen las leyes (22 C.)

130—Estas llevan su proteccion hasta á los seres concebidos ya, pero que aun están por nacer; mas no pudiéndo entonces suponerse en ellos ninguna obligacion, solo los reputan nacidos para todo aquello que les favorece (23 C.) Así es que el hijo que está por nacer, y ha sido concebido durante el matrimonio, tiene á su favor la presuncion de legitimidad, á no ser que se pruebe en la forma competente, lo contrario (200 C.) Así es tambien que basta estar concebido en la época de la donacion entre vivos, para ser capaz de adquirir por este título, ó en la época del fallecimiento del donante, cuando la donacion es por causa de muerte (722 C.) Así es igualmente que para ser heredero, basta estar concebido al tiempo de la muerte de la persona á quien se hereda (750 C.) y que puede darse tutor al que está por nacer.

131—Para que el no nacido herede y trasmita esos derechos, es indispensable que llegue á nacer: tratando del donatario, la ley requiere que nazca capaz de vivir, y tratando del heredero, que viva, por lo menos, veinticuatro horas, y que nazca con figura humana. Se necesitaba pues, segun el Código, mas para la herencia que para la donacion, pues debe suponerse capaz de vivir al que ha vivido veinticuatro horas, de modo que, para heredar, concurren las tres condiciones, mientras que para la donacion no se pide mas que nacer con capacidad de vivir, capacidad que aun podrá haber en muchos casos en que la vida no llegue á durar veinticuatro horas.

132—La razon dice que en uno y otro caso deberian igualmente exijirse las mismas condiciones, y así es hoy, conforme al artículo 146 del Decreto de reformas

al Código Civil, habiendo quedado suprimida la de la capacidad de vivir por ser inútil desde que se requiere que la vida haya durado veinticuatro horas. La necesidad de esa capacidad para vivir ó de que el feto nazca viable, se refiere á los términos que la naturaleza ha fijado para la gestacion ordinaria, suponiendose asi incapáz de vivir á aquel que nace antes de cierto tiempo, contado desde la concepcion; pero si la ley ha fijado un término de la duracion de la vida y ese término se recorre, debe admitirse la capacidad para vivir, sin entrar en otras cuestiones ó indagaciones sobre viabilidad.

133—Es preciso que el nacido viva veinticuatro horas completamente separado de la madre, esto es, con vida propia (artículo 146 cit.) con el objeto de evitar los difíciles pleitos que resultarian si, naciendo muerto un niño por ejemplo, se pretendiera heredarlo, alegando que tuvo un instante ó dos de vida. Los derechos civiles, dice Calderon, se dan para entrar en la vida; y deben negarse, por consiguiente, al que no entró en élla. Cuando una criatura ha vivido veinticuatro horas ó mas, se puede asegurar sin equivocacion, que hubo vida en ella, y capacidad de derechos, y se aleja la posibilidad de un fraude, porque muchas personas podrán ya dar testimonio de la vida del niño. El período de duracion de la vida que fija la ley, tiene necesariamente que ser arbitrario: el de veinticuatro horas, sin ser muy dilatado, es el suficiente para cerciorarse de la existencia y establecer la presuncion de que el nacido entró en posesion de sus derechos.

134—Se necesita tambien que el nacido tenga figura humana (artículos citados) porque, se dice, los derechos civiles son para los individuos de la especie humana, y

esclusivamente para ellos; y no se puede tener como individuo de esa especie, al que no tiene la figura que la distingue y caracteriza. El hecho solo de nacer con alguno ó algunos miembros muertos, imperfectos ó duplicados, no debe considerarse bastante para establecer la incapacidad del nacido, siempre que tenga la figura humana, la cual supone el hecho de vivir veinticuatro horas.

135—Cuando dos ó mas nacen de un mismo parto, son iguales en los derechos civiles que dependen de la edad, sin distincion por razon de sexo ó por otro motivo (24 C.) La ley no puede autorizar ni reconocer distinciones que la naturaleza no ha hecho: si naturalmente han nacido á un tiempo, no debe admitirse entre ellos diferencia de edad ni desigualdad alguna en los derechos que de ella provengan. El punto que decide aquí la ley era de suma importancia cuando se admitian las vinculaciones y mayorazgos y era de tanta trascendencia establecer á quien correspondian los derechos de primogenitura. Por una razon análoga, siempre que no fuere posible saber cual murió primero de dos ó mas personas que fallecieron en un naufrajio, incendio, terremoto ú otro acontecimiento, se les reputa muertas á un tiempo (748 C.), punto importante en materia de sucesiones.

136—Efecto tambien de la proteccion que dan las leyes al que aun no ha nacido es erigir en delito el hecho del que de próposito causa un aborto, bien proceda ese hecho de la misma muger encinta, ó de otra cualquiera (262, 263, 264 y 265 C. Pen.)

PARRAFO TERCERO.

VARONES Y MUGERES.

137—Otra division que se hace de las personas, atendido su estado natural y por la diversidad del sexo, es en varones y mugeres (25 C.). Unos y otros gozan de los derechos civiles y estan sujetos á las obligaciones que el Código establece (27 C.); así es que los principales efectos de esta division, se relacionan con el ejercicio de derechos políticos y funciones de carác ter público. Tiene todavía, sin embargo, algunas aplicaciones en el derecho privado, pues aun prescindiendo de las relaciones especiales que crea el matrimonio, las mujeres, con excepcion de las madres y demas ascendientes no pueden servir la tutela (inciso 3.° 340 C.) ni ser guardadoras; ni desempeñar poderes judiciales, á menos que sean de sus maridos ó parientes dentro del cuarto grado (inciso 3.° 133 C. pr.) Tampoco pueden ser síndicos de un concurso aunque sean comerciantes (inciso 2° 250 C. Comercio y 280 del Dec. de reformas al Cod. de Pr. civ.)

138—Por las consideraciones debidas á su sexo, puede el Juez, segun las circunstancias, recibir las declaraciones de las mugeres propuestas como testigos, en la casa de ellas (801 C. Pr.)

139—En caso de divorcio ó de nulidad del matrimonio, las hijas de cualquiera edad, que sean menores, quedan en poder de la madre; y los varones mayores

de cinco años, en el del padre, excepto que aquel á quien corresponda tenerlos, sea de conducta depravada (182, 183 y 184 C.)

PARRAFO CUARTO.

MAYORES Y MENORES.

140—Division que procede de la naturaleza es igualmente la que, por razon de la edad se hace de las personas en mayores y menores, pues por mas que sea la ley civil la que fija la época en que se alcanza la mayoría, es observando la edad en que ya se tiene el desarrollo y la capacidad indispensable para ejercer todos los derechos civiles por sí y de un modo independiente.

141—Nuestras leyes fijan la edad de la mayoría á los 21 años; y así, son mayores de edad los que los han cumplido; y menores los que aun no han llegado á ellos (28 C.) Por la mayoría se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil, y en esa virtud; acaban la pátria potestad y la tutela (inciso 5.° 292 y 392 C.) no habiendo otro motivo ó impedimento que á ello se oponga independientemente de la edad (29 C.) Los menores de veintiun años pueden, sin embargo, ejecutar por sí algunos actos para los que la ley los declara capaces; pero es indispensable, por lo mismo, que haya una disposicion espresa que los autorice (30 C.)

142—Como se ha indicado antes, al fijarse en los

veintiun años la mayoría de edad, ha sido atendiendo á que, al llegar á ella, se tiene ya la madurez de juicio necesaria para manejarse por si: no todos los individuos la obtienen precisamente en el mismo período; pero se ha estado á lo que sucede mas frecuentemente, para establecer así una regla general como ha de ser la que dé la ley.

143—La edad, ó sea *el tiempo que se ha vivido desde el nacimiento*, no solo sirve para fijar la mayoria, sino que las leyes contienen diferentes prescripciones para diversas edades. Se hará mencion de las mas importantes.

144—Desde que el varon cumple catorce años y doce la muger, se les reconoce aptitudes para contraer matrimonio (inc. 1. ° 120 C.)

145—Los menores de veintiun años necesitan, para contraer matrimonio, el consentimiento de las personas de quienes dependen (122 y 123 C.)

146—El adoptante debe ser mayor de sesenta años, y lo menos quince mayor que el adoptado; y éste, siendo mayor de catorce años, debe prestar ante el Juez su consentimiento para la adopcion (Art. 86 del Dec. de reformas, 269 C. y 1811 C. Pr.) Cuando el hijo es menor de diez y seis años, su padre puede ordenar su detencion, sin espresar causa, debiendo consignarla, si fuese mayor de esa edad. (288 y 289 C.) En defecto del padre, la madre ó los demas que tienen á su cargo el cuidado del menor, pueden usar de ese derecho, con tal que no tenga diez y seis años (290 C.)

147—Para que el hijo pueda ser emancipado, es preciso que haya cumplido diez y ocho años (301 C. reformado por el 93 del Dec. de 20 de fbro. de 1882.)

148—En caso de divorcio ó de nulidad del matrimonio, todos los hijos menores de cinco años quedan en poder de la madre, y los varones mayores de esa edad, en el del padre, á menos que, por la depravacion de aquel á quien corresponde tenerlos, sea mas conveniente confiarla al otro (183 y 184 C.)

149—Durante los tres primeros años del hijo, el padre no tiene facultad de llevarlo á su casa para cumplir allí la obligacion de alimentarlo (249 C.)

150—El varon mayor de catorce años y la muger mayor de doce, tienen, en su caso, derecho de proponer tutor judicial (329 C.)

151—Los menores de veintiun años no pueden ser tutores (inc. 1.° 340.)

152—Los menores de veintiun años generalmente no pueden por sí enagenar sus bienes (691 C.) y contra ellos no corre la prescripcion (675 C.)

153—Pueden sí disponer de ellos por testamento, acto para el que tienen capacidad si tienen catorce años (inc. 1.° 795 C.)

154—El mayor de diez y ocho años aunque esté bajo la potestad del padre, puede donar los bienes que le pertenecen en propiedad y usufructo (710 C.); con igual razon puede enagenarlos á título oneroso y disponer libremente de esa misma clase de bienss, cuando no esté sujeto á patria potestad sino á tutela

155—Los menores de veintiun años están sujetos á tutela ó patria potestad; y para la enagenacion y arrendamiento de sus bienes, deben observarse las disposiciones de que se hará mencion tratando de la patria potestad y de la administracion de la tutela.

156—Los que no han cumplido veintiun años no

pueden ser albaceas (165 Dec. de reformas al Código Civil.) Tampoco pueden contratar por sí, sin estar provistos de la correspondiente habilitacion (1. ○ 1417 C.), ni ser mandatarios extrajudiciales (2194 C.), ni judiciales (1. ○ 133 C. Pr.), ni ser Jueces (11 C. Pr. y 84 del Dec. de 17 de febrero de 1880), ni asesores (30 C. Pr.) ni notarios (2. ○ art. 4. ○ Dec. 20 de febrero de 1882,) ni síndicos de concurso aunque esten emancipados ó habilitados de edad (1. ○ 1250 C. com. y 280 del Dec. de reformas al Código de Procedimientos de 20 de febrero de 1882,) ni Jueces árbitros (1. ○ 35 C. Pr.) ni ejercer la profesion de Abogado (1. ○ 117 C. Pr.) para lo cual no se ve razon, por lo que esta disposicion debiera haberse derogado en la reforma.

157—Para que los varones ó mugeres puedan declarar como testigos en causas civiles y en las criminales del fuero militar, deben tener diez y seis años (783 C. Pr. y 202 Cod. Mil. 2. ª parte); y ninguno, aunque sea mayor de esta edad, puede declarar sobre hechos acaecidos antes de cumplir doce años (784 C. Pr.) Cuando los testigos son de edad avanzada, y no puede deducirse todavia la accion respecto de la que han de declarar, puede recibirse su declaracion como informacion ad perpetuam (2. ○ 301 C. Pr.) Mientras mas próximos son por su edad los testigos á los hechos antiguos sobre que declaran, son mas atendidos sus dichos (827 C. Pr.) Los menores de diez y seis años no pueden ser testigos de un testamento (1. ○ 156 del Dec. de reformas al Código Civil que alteró el 1. ○ 793 C): esta misma edad deben tener para los otros instrumentos públicos (fr. 1. ª 51 Dec. de reformas al Código de procedimientos

que modificó el 186.) Los testigos de asistencia en lo judicial deben ser mayores de veintiun años (131 Dec. 17 febrero de 1880.)

158—Los mayores de veintiun años no pueden reclamar alimentos, á no ser habitualmente enfermos ó impedidos (1.° 255 C.)

159—El hijo de familia mayor de diez y ocho años, legalmente emancipado ó con autorizacion espresa de su padre, puede ejercer el comercio, y tambien el menor habilitado legalmente ó con licencia espresa del tutor; pero para celebrar sociedad colectiva necesitaría siempre ademas, autorizacion especial conferida por la justicia ordinaria (arts. 8, 9 y 234 C. Com.)

160—Los menores de edad no pueden desistir de un juicio (440 C. Pr.): la posesion definitiva de la herencia puede darse cuando ha trascurrido, sin haber noticia suya, el tiempo necesario para que el ausente tenga setenta años (100 C.): los que han cumplido sesenta años, pueden escusarse de ser tutores (104 del Dec. de reformas al Cod. Civ. núm. 272); y puede el Juez recibir, en sus casas, á los testigos mayores de esa edad, y segun las circunstancias, sus respectivas declaraciones (801 C. Pr.) La edad de los otorgantes debe espresarse, así como el estado civil, en los instrumentos públicos (2.° 163 C. Pr.)

161—Por la legislacion española, los menores tenian tambien el privilegio llamado de restitucion *in integrum*, en virtud del cual podian rescindir, durante su minoría y cuatro años mas, los actos ó contratos en que hubieran sido perjudicados, aun cuando hubiera intervenido el guardador. El artículo 433 lo abolió, declarando que la ley no lo reconoce; y con razon, porque ademas de dejarse con él inseguros

por mucho tiempo los derechos, se perjudicaba á los mismos menores, porque nadie queria esponerse á contratar con ellos. En vez de la restitucion, la ley ha ocurrido á velar por los verdaderos intereses de los menores estableciendo garantias, generalmente hipotecarias, á favor de éstos, fijando reglas estrictas para la administracion de sus bienes, y creando en los administradores, sérias responsabilidades.

162—La determinacion de la edad es indispensable en ciertos casos, en materia criminal, para establecer cuándo hay, y en qué grado, responsabilidad criminal (inc. 1.° y 2.° art. 6: ° 2.° art. 7.° y 56 C. pen), y para la forma en que deben cumplir sus condenas de presidio ó prision ordinaria los mayores de 60 años (art. 69 id.)

163—Segun la edad del nacido, es diferente la pena del infanticidio (261 C. Pen.): para que haya ó nó hecho justiciable de estupro, es indispensable, segun los casos, atender á si es mayor de doce ó de veintiun años la ofendida (289 C. Pen.), y lo mismo tratándose del rapto (291 y 292 C. pen.): las penas de la sustraccion de menores son diversas tambien, segun que recaen en individuos mayores ó menores de siete años (328 y 330 C. pen.)

164—Siendo de tanta trascendencia la fijacion de la edad de las personas, la ley ha establecido el registro civil en que deben inscribirse todos los nacimientos que ocurran, y comprobarlos así con la partida respectiva: si no se encontrase, ó se tratare de personas nacidas antes de la creacion del Rejistro, y no fuere posible determinarla por medio de documentos ó declaraciones que puntualicen la fecha del nacimiento del individuo, se atribuirá á la persona una

edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físicos de ella, para lo cual el Juez oirá el dictámen de expertos (498 C.) Si quiere averiguarse, por ejemplo, si un individuo tiene la edad requerida para ser tutor, y por su desarrollo y aspecto físicos resulta que el número mayor de años que puede tener es de veinticuatro, y el menor de veinte, se le atribuirá la de veintidos, teniéndolo, en consecuencia, como hábil para el desempeño de la tutela. Este medio supletorio á que tiene que acudirse, no está exento de inconvenientes; pero, en falta de otro mejor, ha sido preciso aceptarlo.

165--Antes se ha dicho ya que los menores de edad no pueden administrar sus bienes por sí. Hay una excepcion, y es la de que el menor haya obtenido vénia ó habilitacion de edad. Antes de la independencia nacional, concedia esta vénia ó habilitacion el Supremo Consejo á los varones mayores de veinte años y á las mugeres mayores de diez y ocho que, careciendo de padre, acreditaban, con informacion judicial, que eran hábiles para la administracion y manejo de sus intereses. Otorgada, podia el menor celebrar cualesquiera contratos y comerciar del modo que quisiera; pero como la habilitacion era para administrar, no se entendia que comprendiera la facultad de vender ó gravar los raices sin licencia judicial, ni la de ejecutar otros actos permitidos solamente á los mayores de edad, á ménos que en el despacho en que se hacía constar la gracia, se hiciese mencion espresa de la autorizacion.

166—Despues de la independencia, el decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 6 de Setiembre

de 1823, estableció: 1. ° Que los Jefes Políticos superiores, oyendo el dictámen de las diputaciones provinciales, pudieran habilitar, para la administracion de sus propios bienes, á los menores de veinticinco años y mayores de veinte, que acreditaran suficientemente su idoneidad y buena conducta: 2. ° Que para la comprobacion de estas calidades, con arreglo á las leyes, se instruyera espediente ante los Alcaldes constitucionales; y, con informe de la Municipalidad respectiva, ocurrieran los interesados, por medio del Jefe Político subalterno, al Superior de la Provincia, para que concediese la habilitacion; y 3. ° Que los menores habilitados se reputaran como mayores en todo lo respectivo á la administracion de sus bienes.

167—Un decreto posterior, emitido por el Congreso Constituyente en 9 de Octubre de 1824, estableció: que la facultad concedida en el anterior para otorgar habilitaciones, se ejerceria en lo sucesivo por el Jefe del Estado, y que éste deberia proceder en la habilitacion de los menores, con solo el dictámen de las Municipalidades de los pueblos á que pertenecieran, las cuales, para darlo, habrian de oir previamente al Síndico. Esta ley, aclaratoria de la anterior, en la parte últimamente espresada, dejó en su fuerza y vigor todas las demas disposiciones de aquella que arreglan el espediente, el conducto por donde deben dirigirse las solicitudes y determinan las calidades que deben tener los menores.

168—Ocurrió duda en la Municipalidad de esta Ciudad sobre la inteligencia del artículo 20 del Decreto de 18 de Agosto de 1823; dirijida la consulta al Gobierno y por éste á la Asamblea, en órden legislati-

va, de 1.° de Setiembre de 1841 se declaró: que la Municipalidad, para cumplir con lo que se prevenía en el decreto citado, deberia tomar informes y noticias privadas, y podría así mismo mandar seguir, de oficio, las informaciones oportunas, á fin de cerciorarse de que el interesado que solicita la gracia, es acreedor á ella, y de que no será perjudicado por el hecho de obtenerla; bajo el supuesto de que los documentos que se presenten por los solicitantes, por sí solos, no bastan para que, en su virtud, se evacúe el informe como mera formalidad.

169—En cuanto á la edad necesaria para obtener habilitacion, el Decreto de 2 de Noviembre de 1872, introdujo la reforma de que fuera la de 19 años cumplidos, reforma exijida por la necesidad de poner en armonía este punto, con el Decreto de 19 de Diciembre de 1871, en que se estableció que se alcanzaba la mayoría de edad para todos los efectos civiles, al cumplirse veintiun años; y antes de emitirse el primero de los decretos que acaban de citarse, se dirijió en 4 de Octubre de 1872, por el Ministerio de Gobernacion, una circular á los Jefes Políticos de los Departamentos para prevenir á las Municipalidades que, en las informaciones sobre habilitacion, no se limitaran las autoridades á dirijir á los testigos preguntas vagas sobre la idoneidad de los pretendientes, sino hacer constar la razon en que los declarantes fundan su dicho, puntualizando el oficio ú ocupacion en que el solicitante haya dado pruebas de su aptitud para la administracion de sus bienes.

170—En el Código Civil no se registran preceptos que alteren lo dispuesto en las disposiciones de que se ha hecho mérito; y aunque no se ocupaba de un

modo especial de la habilitacion, debian estimarse vigentes los decretos que la establecen y reglamentan, tanto porque el artículo 2441 solo deroga las leyes patrias que se opusieran al Código, cuanto porque en varios artículos se mencionaba la habilitacion de edad, reconociéndola como procedente y legal, pudiendo citarse como ejemplos el art. 290 que declara corresponder exclusivamente al padre el derecho de hacer detener al hijo habilitado de edad: el 1417 inc. 1.° que declara que tienen impedimento para contratar los menores, á no estar provistos de la correspondiente habilitacion: el 9.° del Código de Comercio que permite el ejercicio del comercio al mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno habilitado de edad; y el inciso 1.° art. 1250 del mismo que consigna que no podrán ser Síndicos los menores de veintiun años, aunque se hayan emancipado y hayan obtenido habilitacion de edad. En ese concepto, se habia extimado que, aun despues de la promulgacion de los Códigos, el Presidente de la República continuaba en el ejercicio de la facultad de otorgar las vénias de edad. Lo que sí se entendia era que, concedida por la ley mediante ciertos requisitos á los menores, y habiéndose extendido por el Código la patria potestad á las madres, seria indispensable que el que la solicitara no tuviera padre ni madre, ó hubiera sido legalmente emancipado por ellos, para que pudiese tener lugar.

171—En virtud de las varias disposiciones mencionadas, la práctica acostumbrada era que el que queria obtener habilitacion, ocurria por medio de un memorial en papel sellado, al Jefe Político del Departamento: éste lo mandaba pasar á la Munici-

palidad del domicilio del pretendiente: la Municipalidad, con audiencia del Síndico lo pasaba á uno de los Alcaldes municipales, para que siguiera informacion de tres testigos, por lo menos, que se examinaran con la minuciosidad requerida por la ley; y con el resultado de esas diligencias, con el de los datos y noticias privadas que hubieran obtenido los concejales, y con el mérito de los demás que creyesen oportuno recojer, prévio dictámen del Síndico, informaban al Gobierno en favor ó en contra de la solicitud, dirigiéndose el espediente por medio del Jefe Político. El Presidente de la República, por medio de la Secretaria de Gobernacion, y dando vista del espediente al Ministerio Fiscal, resolvia si se accedia ó nó á la solicitud de habilitacion; y en caso afirmativo, mandaba que por la Escribania del Gobierno se estendiera á favor del peticionario, el despacho respectivo.

172—Todo esto quedó innovado por el Decreto de reformas de 20 de Febrero de 1882. Segun el artículo 95 la habilitacion de edad es *la facultad que en algunos casos se concede á los menores, no sujetos á patria potestad, para ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces todos los mayores de edad, salvo los que esten espresamente esceptuados*. La habilitacion puede ser *legal* y *judicial*. *Legal la que tienen por ministerio de la ley los emancipados y los varones casados que han cumplido diez y ocho años.* Judicial *la que se otorga por el Juez de 1.ª instancia del lugar, á peticion del menor que acredite la aptitud que tiene para el manejo de sus bienes, y la conveniencia que le reporta de administrarlos por sí.* (96 Dec. citado.) La ha-

bilitacion de edad no puede concederse por el Juez á los menores de diez y ocho años ni á las .mugeres casadas aunqne esten separadas de bienes (97 id.); y para otorgarla en los otros casos, debe exijir informacion de testigos competentes y de los parientes mas inmediatos del menor, y oir á éste y á un tutor especial que se nombre para el caso (98 id), todo con el objeto de cerciorarse perfectamente de que concurren las circunstancias que hacen procedente la habilitacion. La habilitacion de edad no se estiende á los derechos políticos porque se refiere solo á la capacidad civil, y las consideraciones que, por escepcion, puede haber para otorgar ésta, no existen para conceder aquella. En cuanto á lo civil, el efecto de la habilitacion de edad es poner fin á la tutela, y facultar al menor para hacer lo que podria si fuera mayor, con solo las limitaciones que en interes de él mismo fija la ley (99 id.) Esas limitaciones son: que necesite autorizacion judicial, dada con conocimiento de causa, para enagenar ó hipotecar sus bienes raices, y para aprobar las cuentas de su tutor; y que la enagenacion de los raices, deba hacerse precisamente en pública subasta (100 id.)

173—Segun se habrá observado, antes era atribucion gubernativa la de otorgar la habilitacion de edad, y hoy es atribucion judicial. Esta innovacion parece justa y fundada porque se trata de la capacidad civil para actos de la vida civil, y por lo mismo, la autoridad judicial es la llamada á intervenir. Como esa habilitacion crea la capacidad del que no la tenia debe constar en el Registro del estado civil (116 id.)

PARRAFO QUINTO.

CAPACES É INCAPACES.

174—Entre las divisiones que pueden hacerse de las personas, segun el estado natural, se encuentra la de *capaces é incapaces* (artículo 31 C.) *Capaces son los que tienen la aptitud necesaria para manejar sus bienes; é incapaces los que carecen de esa aptitud por estravío de sus facultades intelectuales, ó porque llegada la edad conveniente, no obtienen el desarrollo de su razon y continuan privados de ella.* Así, la ley declara incapaces á los locos y á los fátuos; y como esta incapacidad es la excepcion, porque al llegarse á la mayoría la presuncion es de capacidad, son tenidos como capaces todos aquellos que no se comprenden en ninguna de las dos incapacidades mencionadas (artículos 32 y 33 C. y 4.° Dec. de 20 de febrero de 1882.) No coloca la ley entre los incapaces á los menores, porque aunque no les reconoce aptitud para dirijirse por sí y manejar sus bienes, la falta de aquella proviene de una ley de la naturaleza que, aunque es constante y general, tiene un carácter manifiesto de temporalidad, como que desaparece al llegar á cierta época, á diferencia de las otras causas de incapacidad que no son generales y sí de duracion incierta é indeterminada. Con razon pues, de los que son incapaces por razon de edad, se forma una categoría especial, designándose la causa con el nombre de minoría

y dando lugar á la division de las personas en mayores y menores, de la cual ya se ha tratado.

175—Por estravío ó falta del desarrollo natural de la razon en la época conveniente, se ha dicho que son incapaces los locos y los fátuos (inciso 1.° y 2.° artículo 33 C.) Como esta incapacidad no es un hecho general y constante, sino por el contrario, puramente escepcional y propia de ciertos individuos que, por un efecto extraño, salen de la ley comun de la naturaleza, es indispensable examinar ese hecho escepcional, comprobarlo, y declarar la incapacidad, cuando ya esté competentemente acreditada su existencia.

176—La declaracion compete á la autoridad judicial que, llenando las fórmulas del Código de Procedimientos civiles (Título 14 Lib. 1.°) la hace, examinando previamente al presunto incapaz, haciendo examinarlo por expertos, y oyendo tambien al Ministerio público. La intervencion de la ley en esta materia, por medio de las autoridades del órden judicial, se justifica plenamente por el doble interés que tiene en que no se declare sin razon incapáz al que no lo es, ni se abuse de la debilidad de una persona para hacerlo, aumentando así arbitrariamente el número de los que no pueden gozar de sus derechos; y de que, una vez establecida en la forma debida la incapacidad, no quede el incapaz abandonado á sí mismo, pues resultarían gravísimos males de dejarle la direccion de sus personas é intereses cuando está muerta ó trastornada la inteligencia que debia guiarlo.

177—La declaratoria judicial de incapacidad de los locos ó fátuos puede solicitarse no solo por las personas de la familia, mas inmediatamente interesadas en ello, sino tambien por el Ministerio fiscal que repre-

senta y defiende los intereses del órden social y por cualquiera del pueblo (38 C.) La ley ha dado á esta accion el carácter de popular, porque es un interés jeneral el de que los locos ó fátuos no se perjudiquen á sí mismos ni perjudiquen á los demas, y que se les rodee de garantías suficientes para su persona y para sus bienes, precaviéndose á la sociedad de los desórdenes que, de otra suerte, se podrian en ella causar.

178—El efecto de la declaracion de incapacidad es que la persona queda en estado de interdiccion, es decir, que no puede ejercer por sí sus derechos civiles (37 C.) Los incapaces por locura ó fatuidad, una vez declarada la interdiccion, son reputados menores: no salen de la pátria potestad (293 C.); y muerto el padre, viven como menores, bajo la proteccion de sus tutores ó guardadores (42 y 424 C.) El Juez, al decretar la interdiccion, hace que la persona á quien corresponde, segun los casos, se haga cargo desde luego de la persona y bienes del incapáz (466 C. Pr.)

179—No pudiendo los incapaces consentir libremente, no pueden contraer matrimonio (inciso 9.° 120 C.): si la incapacidad sobreviene, la muger puede ser autorizada judicialmente para los actos en que necesitaba licencia marital. No podrán tampoco, por los males que de lo contrario causarian, ejercer ciertos cargos ó profesiones, ó servir para ciertos actos de que los aleja su estado de enfermedad mental. Así es que no se les permite ser tutores, como privados de administrar sus propios bienes (inciso 2.° 340 C.) ni albaceas por estar reputados como menores (906 C.), ni Jueces árbitros ni ordinarios (inciso 4.° 35 C. pr.), ni ejercer la profesion de abogados (inc. 2.° 117 C. pr.) ni ser testigos de instrumentos públicos (inciso 4.° 793 C. ref. y 186

C. pr.) ni en juicio (1.° y 2.° 785 C. pr.) En general, no pueden desempeñar ninguno de los empleos y cargos ni ejecutar ninguno de los actos que requieren el ejercicio de los derechos civiles.

180—Los incapaces no pueden hacer testamento, pero vale el otorgado antes de la enfermedad, ó el que hace el loco durante los lúcidos intérvalos, llenando ciertas formalidades, prescritas como garantía indispensable de que está en actual ejercicio de sus facultades al testar (inciso 3.° 795 C.). Contra los incapaces no corre la prescripcion (675 C.) y no pueden, por sí, enajenar sus bienes (691 C.)

181—Como para la validez de los contratos se necesita que las partes tengan capacidad para contratar, está declarado, en general, que los incapaces no pueden hacerlo (inciso 3.° 1417 C.) y en particular, que no pueden vender (1525 C.) Por éllos, lo mismo que por los menores, contratan sus representantes, sujetándose generalmente á las mismas formalidades y con las mismas restricciones que tienen los tutores en la administracion de su cargo (429 C. y 1699 y siguientes C. pr.)

182—En materia de contratos, la ley contiene respecto de los incapaces varias prescripciones especiales. El contrato de sociedad se disuelve por la interdiccion de cualquiera de los sócios, ó por cualquiera otra causa que lo prive de administrar sus bienes (5.° 1812 C.) El mandato termina por la interdiccion del mandante ó del mandatario (3.° 2208 C.) No hay accion civil para demandar lo que se dá en mútuo á persona incapaz (1905 C.) Tampoco se dá por el depósito hecho en persona incapaz, sino únicamente para recobrar lo que existe ó lo que se ha consumido en provecho del

depositario (1953 C.) El depositario de bienes entregados por un incapaz, queda sujeto á las obligaciones del contrato (2.° 1952 C.); pero tanto en este caso como en el de que la interdiccion judicial haya sido declarada con posterioridad al depósito, éste debe ser restituido, no á la persona que lo hizo, sino á sus representantes respectivos (1968 y 1970 C.) El pago hecho á un incapaz sin conocimiento de su guardador, no extingue la obligacion, á no ser en lo que se pruebe que de lo pagado se invirtió en los alimentos ó medicinas (332 Dec. de reformas número 272.)

183—Por los incapaces piden la particion sus representantes legítimos (1017 C.); siempre que sean partícipes en una cosa comun, la venta se hace en pública subasta (1631 C.)

184—Siendo indispensable para presentarse en juicio tener capacidad civil, los incapaces no pueden demandar ni ser demandados personalmente sino por medio de sus guardadores (99 y 1° 101 C. pr.): sus cuestiones no pueden someterse á árbitros sino en los mismos términos que las de los menores (1.° 37 C. pr.) No pueden prestar juramento decisorio (660 C. pr.) ni confesion judicial (638 C. pr.)

185—La ley no solamente priva al incapaz por locura ó fatuidad del ejercicio de los derechos civiles desde la fecha en que se declara la interdiccion, sino que retrotrayendo las consecuencias de esta, concede la facultad de anular los actos anteriores á ella, con tal de que la causa que la motivó hubiera existido notoriamente cuando se verificaron (43 C.) Esta facultad es una garantía contra el abuso que pudiera hacerse de la debilidad del que ejecutó esos actos, y se apoya tambien en que el que contrae debe cerciorarse de la capacidad

civil de aquel con quien lo hace. Desde su oríjen son nulos; pero se exije que la incapacidad fuera notoria para que tambien los contratantes por su parte tengan alguna garantía, porque nadie está obligado á conocer, ni es posible que conozca, un vicio ó defecto interno del individuo, cuando no se revela por manifestaciones inequívocas, ó es advertido por las personas que con él se hallan en contacto, ó por la fama pública, medios de constituir la notoriedad. La prueba de la notoriedad puede hacerse por testigos; pero la ignorancia de ella, con tal de que efectivamente existiera, no puede alegarse como escusa para la validez del acto.

186—Produciendo una alteracion tan trascendental en la capacidad civil de las personas la declaratoria de interdiccion, debe darsele toda publicidad y anotarse en los rejistros civil y de la propiedad (4.° 2065 C. y 473 C. pr.) La ley decia tambien que al declararse la interdiccion por cualquiera causa, debia espresarse si era absoluta la suspension provisional del ejercicio de los derechos civiles, ó solo particular de alguno ó algunos derechos (472 C. pr.); pero como la suspension ó prohibicion del ejercicio de los derechos civiles debe ser absoluta y sin limitaciones respecto de los incapaces por locura ó fatuidad, puesto que para ninguno de esos derechos puede reconocerseles capacidad, y ya no subsiste la incapacidad por prodigalidad, esa disposicion quedó suprimida por el artículo 116 del Decreto núm. 273 de reformas al Código de procedimientos civiles.

187—Pudiendo cesar la incapacidad, cuando esto tiene lugar, la persona que la sufría puede ser rehabilitada en el ejercicio de sus derechos civiles. Esa re-

habilitacion se declara por el Juez, guardando en lo aplicable las mismas formalidades que para decretar la interdiccion; y debe publicarse y anotarse del mismo modo que ésta, cesando desde entónces todos los efectos de la incapacidad (465 C. pr.)

188—El Código declaraba tambien incapaces á los pródigos declarados judicialmente tales, es decir, á aquellos que dilapidaban ó disponian inconsideradamente de sus bienes, y consignaba varias disposiciones para esplicar los hechos en que podia consistir la dilapidacion, las personas que podian solicitar la interdiccion y los efectos y consecuencias de ésta. (33 inciso 3.°, 34, 35, 36, 39, 40 y 41 C.) Todos estos artículos quedaron suprimidos por el 4.° y 5.° del Decreto de reformas al Código Civil que quitó la causa de incapacidad por dilapidacion ó prodigalidad. La Memoria presentada á la Asamblea Legislativa por la Secretaria de Gobernacion en 1.° de Marzo de 1882 dando cuenta de esa reforma, esplica la razon que hubo para ella en los términos siguientes. "El Código Civil, siguiendo lo establecido en los Códigos españoles, y conformándose á lo que consignaban muchos Códigos modernos, habia incluido á los pródigos entre los incapaces sujetos á interdiccion, habia determinado los casos en que podia declararse la prodigalidad y las circunstancias y condiciones en que podia tener lugar esa declaracion. La reforma ha suprimido esa causal de incapacidad; y la ha suprimido respetando el derecho de propiedad, que es el derecho de disponer libremente de los bienes, y tomando en consideracion lo difícil que es determinar la prodigalidad, y lo inconsecuente que es confundir esa circunstancia con la falta de razon ó voluntad que constituyen verdadera-

mente las causas de incapacidad. Se tuvo presente no solo que se halla establecida ya la libre testamentifaccion, sino tambien que, como lo esplican distinguidos escritores europeos, cuyas doctrinas reproduce un notable jurisconsulto sud-americano, la ley no tiene potestad para establecer respecto de los pródigos una incapacidad, porque esta proviene de la falta de razon y de voluntad en los individuos, y no puede hacerse recaer, sino arbitrariamente, sobre aquellos que poseen el uso de esas facultades. Imponer, dice, la incapacidad á los pródigos, es equiparar un defecto de la inteligencia, un hábito, un vicio de la educacion, el buen ó mal uso que se haga de los bienes, á la carencia de las facultades intelectuales. El hombre, ademas, es dueño absoluto de lo que posee, y no se puede, sin menoscabar su libertad, poner trabas al modo como entienda y quiera hacer uso de ello. La interdiccion de los pródigos solo seria concebible cuando dilapidaran bienes ajenos; pero se comprende fácilmente que entónces la prodigalidad tomaria otro carácter y quizás otro nombre, y que la seguridad de esos bienes podria conseguirse por otros medios que por la interdiccion. Solo así se salvarian las razones de conveniencia que existiesen para establecer la incapacidad de los pródigos; y si hay razones de moralidad, no pertenecen á la legislacion civil, sino en cuanto las acciones del pródigo se traduzcan en hechos públicos, con perjuicio de tercero ó de la sociedad, que dén mérito á acciones civiles y criminales. No todos los preceptos de la moral entran en la esfera de la legislacion positiva: si el hombre pródigo peca contra ellos, tambien peca el avaro: todos los extremos son viciosos; y si se castiga un vicio, debiera tambien castigarse el

otro. La sana moral y la cautelosa economía condenan igualmente la prodigalidad y la avaricia; y ya que la legislacion civil avanza sobre ese terreno, no hay razon para que castigue la una dejando impune la otra.''

189—Hay tambien que recordar por último en esta materia de incapacidad, que hay una creada puramente por la ley, y es la inhabilitacion para los derechos civiles y de familia, anexa á la pena de muerte indultada ó á la de presidio con retencion; y la inhabilitacion de los derechos civiles anexa á la de prision ordinaria (artículos 35, 36 y 37 C. pen.) Se entiende por derechos de família los de pátria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. En consecuencia, debe proveerse de guardador á aquel á quien se haya impuesto tal inhabilitacion como accesoria de las penas mencionadas. Tal incapacidad parece insostenible, por lo menos, en cuanto á que el condenado no tenga la libre disposicion de sus bienes por acto entre vivos, ni pueda administrarlos por medio de representante ó apoderado. Ninguna razon se vé para que no pueda venderlos ó donarlos, y ninguna tampoco para que no pueda constituir una persona que los administre en su nombre y le dé sus productos. Creo pues, que deberia hacerse desaparecer.

TITULO SEGUNDO.

DIVISION DE LAS PERSONAS SEGUN EL ESTADO CIVIL.

PARRAFO PRIMERO.

GUATEMALTECOS Y EXTRANJEROS.

190—Una de las mas importantes relaciones de la persona es con la tierra que habita. Esta relacion tiene dos elementos, el habitante que puede ser natural ó extranjero, ó sea la nacionalidad; y el lugar que habita, esto es, donde tiene su hogar y sus negocios, y donde se reputa que existe, ó sea el domicilio.

191—La distincion de guatemaltecos y extranjeros, tiene toda su importancia en el derecho público, y por eso la Constitucion es la que se encarga especialmente de determinar quienes son guatemaltecos y quienes extranjeros (48 C.)

192—La Constitucion decretada en 11 de Diciembre de 1879 divide á los guatemaltecos en naturales y naturalizados (artículo 4.)

193—Son naturales (artículo 5.°)

1. ° —Todas las personas nacidas ó que nazcan en territorio de la República, cualquiera que sea la nacionalidad del padre, con escepcion de los hijos de los agentes diplomáticos. Como se espresa Chacon, es ley de la naturaleza que el hombre pertenezca á la tierra en que nace, como el hijo pertenece á la madre

que le dió la vida. Desde la mas remota antigüedad se ha sancionado esa ley natural, cuyo fundamento es el amor innato que el hombre tiene por la tierra en que recibe el ser.

2. ○—Los hijos de padres guatemaltecos, ó hijos ilegítimos de madre guatemalteca nacidos en el extranjero, desde el momento en que residan en la República, y aun sin esta condicion, cuando, conforme á las leyes del país del nacimiento, tuvieren derecho á elejir nacionalidad, y optaren por la guatemalteca. Así, el oríjen ó la procedencia, no trasmiten por sí solos la calidad de guatemalteco; pero habilitan al nacido en tierra extraña para serlo, á condicion de que fije en Guatemala su residencia, ó de que, teniendo derecho de elejir, opte por la nacionalidad guatemalteca.

194—Se consideraan tmbien como guatemaltecos naturales, en virtud de la unidad de orígen, y como medio para la realizacion de la union Centro-Americana, á los hijos de cualquiera de las otras Repúblicas de Centro-América, por el hecho de encontrarse en cualquier punto del territorio de Guatemala, á no ser que. ante la autoridad correspondiente manifiesten el propósito de conservar su nacionalidad (Const. artículo 6. ○.)

195—La guatemalteca casada con extrangero y la extrangera casada con guatemalteco, siguen la condicion de sus maridos. Si enviudan, la primera recobra y la segunda conserva la calidad de guatemalteca, con tal que residan en la República (56 C.)

196—Son naturalizados, segun el artículo 7. ○ de la misma Constitucion.

1. ○—Los Hispano-mericanos domiciliados en la República, si no se reservan su nacionalidad. Los

que deseen conservar ésta, deben presentarse al Encargado del Registro Civil, acompañando una certificacion debidamente autenticada del agente diplomático ó consular de la Nacion á que pertenezcan, ó en falta de éstos funcionarios, hacer que dos personas que puedan ser testigos conforme á las leyes, declaren ante el mismo Encargado del Registro, que los interesados pertenecen á la nacionalidad que indican. Llenándose esas formalidades, el mismo Registrador expedirá el certificado correspondiente (Acuerdo Gubernativo de 5 de Agosto de 1880.)

2. ○—Los demas extrangeros que hayan sido naturalizados conforme á las leyes anteriores.

3. ○—Los que obtengan carta de naturaleza con arreglo á la ley. Esta última no se ha emitido todavia.

197—La distincion de naturales y extranjeros, fué muy importante en el derecho civil, cuando los extranjeros no gozaban de los derechos civiles, ó los tenian sugetos á muchas restricciones. Nuestras leyes consignan el principio eminentemente liberal de que no reconocen diferencia entre el guatemalteco y el extranjero, en cuanto á la adquisicion y goce de los derechos civiles que determina el Código, así es que los principales efectos de esa distincion se refieren al órden político. Eso no obstante, tiene algunas aplicaciones en el derecho civil, porque hay casos en que los actos de los extranjeros estan ó pueden estar sugetos á las leyes de su país (13 y 15 C.), ó en que se necesita alguna constancia especial como para el matrimonio (32 del Dec. de reformas al C. civil.) y tambien, porque al extranjero puede oponerse en juicio, la excepcion dilatoria de arraigo personal ó caucion de estar á derecho (577 C. pr.)

198—No todos los guatemaltecos son ciudadanos, aquella calidad hace relacion á la nacionalidad; mientras que la de ciudadania se refiere á los derechos políticos, que lo son el derecho electoral y el de opcion á los cargos públicos, para los cuales la ley exije esa calidad (9 Const.) De los guatemaltecos, pues, no todos son ciudadanos sino solo los que siendo mayores de veintiun años, tienen renta, oficio industria ó profesion que les proporcione medios de subsistencia; y los que siendo mayores de diez y ocho años pertenecen al ejército (8. Const.) La calidad de ciudadano se suspende, se pierde y se recobra con arreglo á la ley (11 Const.) Se suspende, segun las prescripciones de los Códigos, por dictarse auto motivado de prision y por eso debe anotarse en el Registro de ciudadanos (454 C. 67 y 142 C. pr. crim.) levantándose la suspension si se manda sobreseer, ó se pronuncia sentencia absolutoria de la instancia, ó se declara purgada la culpa con la prision sufrida (144 C. pr. criml.) El Juez respectivo debe, al efecto, ponerlo en noticia del Registrador. Las penas de arresto mayor ó menor llevan consigo las suspension de derechos políticos por el tiempo de la condena (39 C. pen.) Se pierde la ciudadanía por la condenacion á la pena de muerte indultada, á presidio con retencion, prision ordinaria y reclusion correccional (35, 36, 37, 38 C. pen.)

199—Los derechos políticos y civiles perdidos, se recobran mediante el cumplimiento de la condena que se hubiere impuesto (143 C. pr. crim.) Los que han sufrido las penas de inhabilitacion ó suspension, sea absoluta ó relativa, sin que hayan sido indultados, no pueden ser rehabilitados, sino mediando ciertos requisitos (25 C. pen.), y son: que haya trascur-

rido el tiempo de la pena remitida y un año mas, si era de reclusion ú otra mayor; y que se acredite la buena conducta durante ese tiempo. Esa prueba puede consistir, ó en deposiciones de testigos de honradez notoria, ó en informe de la Municipalidad del pueblo donde haya residido el que pretende la rehablitacion. Los testigos no deben ser menos de tres, y se reciben sus declaraciones por el Juez de 1.ª Instancia del Departamento respectivo, con citacion del Síndico Municipal, pudiendo el Juez desechar, de oficio, á todos ó algunos de los testigos de cuya veracidad y honradez deba racionalmente dudarse. El Presidente de la República es quien concede la rehabilitacion; y el que la solicite, debe acompañar á su memorial las justificaciones que se han mencionado. El Gobierno pide informe á la Sala de la Corte de Justicia á quien corresponda, por medio del Presidente del Poder Judicial, con el objeto de cerciorarse, si se han cumplido, por parte del peticionario, las responsabilidades consiguientes al delito ó falta en que incurrió; y resuelve despues, concediéndola ó negándola.

200—En este último caso, no podrá solicitarse de nuevo la rehabilitacion negada sino pasado un año, y llenando nuevamente las formalidades de que se ha hecho mérito. De toda sentencia que produzca la pérdida de los derechos políticos, debe hacerse anotacion en el Rejistro Civil; (454 C.) y por la misma razon debe tambien ser anotada la rehabilitacion cuando se conceda (145 á 149 C. pr. crim. y 116 del Dec. de reformas al C. Civil.)

201—A diferencia de los derechos políticos de que gozan solo los ciudadanos, el ejercicio de los derechos

puramente civiles, es decir, creados por leyes civiles. y nó del órden político, corresponde á todos los guatemaltecos, porque esos derechos son independientes de la calidad de ciudadanos. Se esceptúa cuando se esté en algun caso de prohibicion espresa de la ley, ó de condenacion á penas que, segun ésta, produzcan el efecto de suspender ó perder el ejercicio de tales derechos (49, 50 y 57 C.) Esa pérdida ó suspension está reconocida como pena en el art. 22 del Código penal, y llevan consigo la inhabilitacion absoluta para su ejercicio, la pena de muerte indultada y la de presidio con retencion (35 y 36 C. pen.), punto que debia ser modificado, segun ya se espresó. Así como la ley declara indistintamente, en favor de todo habitante de la República, guatemalteco ó extrangero, el goce de los derechos civiles, establece tambien que ninguno de sus habitantes pueda eximirse del cumplimiento de las obligaciones contraidas en la República, conforme á las leyes. (52 C.) Así es que los extranjeros *domiciliados* que son aquellos que se establecen permanentemente en el país, á diferencia de los *transcuntes* que solo transitan por el territorio, ó están en él como simples viajeros, ó para el despacho de negocios que no suponen ánimo de permanecer largo tiempo, pueden ser citados ante los Tribunales de Guatemala, por razon de esas obligaciones, ya se hallen en el territorio ó fuera de él.

202—Cuando el contrato no se ha celebrado en la República sino en país extranjero, entre guatemaltecos ó extranjeros domiciliados en Guatemala, se puede pedir su cumplimiento en Guatemala, estén presentes ó ausentes los contratantes; pues tanto los guatemaltecos como los extrangeros domiciliados don-

de quiera que se hallen, pueden ser citados para el cumplimiento de las obligaciones que hubieren contraido, aun en pais extrangero, en materias sobre las cuales las leyes de Guatemala permiten contratar (6. ○ Dec. de Reformas al C. civil.)

203—En estos casos, los extrangeros domiciliados, son iguales en los derechos y obligaciones á los guatemaltecos, y por eso se estiende á ellos la jurisdiccion nacional, aunque se hallen en el extranjero y allí hayan celebrado su contrato, porque siempre quedan sometidos en sus negocios civiles al fuero de su domicilio. No sucede lo mismo con respecto á los transeuntes que no han contraido el fuero del domicilio, á no ser que el contrato se halla celebrado en Guatemala y el extrangero esté en su territorio. Debe tenerse presente que siempre que se trate de una obligacion contraida en pais extrangero, las leyes del pais en que se celebra, sirven para juzgar del contrato, en todo aquello que no esté prohibido por las de la República; y regirán éstas esclusivamente, si á ellas se sometieron los contratantes (55 C.) Esta disposicion consigna el principio del derecho internacional privado, segun el cual, para fijar las leyes por las cuales se rije un acto, se está á la voluntad espresa de los contrayentes, ó á la presuncion racional de la misma; y conforme á esto, se supone que quisieron que la obligacion contraida se sujetará á las leyes del lugar en que se contrajo.

204—Hay tres casos en que los extrangeros, sin distincion, domiciliados ó transeuntes, aunque se hallen ausentes de la República, pueden ser citados á responder ante los Tribunales de ella, y son: (54 C.]

1. ○ Cuando se intente alguna accion real con-

cerniente á bienes que están en Guatemala, porque son las leyes del país las que rigen respecto de esos bienes (5. ○ C.); y sin ofender la soberania nacional no puede quitarse á sus Tribunales el juzgamiento y decision de esas cuestiones; y entónces la jurisdiccion, mas bien que sobre la persona del extrangero, se ejerce sobre los bienes que posée.

2. ○ Cuando se intenta alguna accion civil, á consecuencia de un delito ó falta que el extrangero hubiese cometido en Guatemala. Tal accion es dependiente y accesoria de la criminal, y las leyes penales obligan del mismo modo á los habitantes que á los transeuntes (4. ○ C.)

3. ○ Cuando se trate de una obligacion cívil contraida por el extrangero, en la cual se haya estipulado que los Tribunales de Guatemala decidan las controversias relativas á ella. En tal supuesto, ningun agravio se causa secundando la voluntad de los contratantes que espresamente se sometieron á nuestros Tribunales.

205—Si las obligaciones han sido contraidas en país extrangero, y entre extrangeros no domiciliados en Guatemala, no puede pedirse aquí su cumplimiento, sino en el caso de que se sometan á los Tribunales de la República (58 C.) porque fuera de esta sumision no hay otro motivo que pueda fundar la competencia de nuestros Tribunales, ni por razon de las personas de los contratantes, ni por razon del lugar del contrato.

206—Lo espuesto puede resumirse en las reglas siguientes: 1. ᵃ Los delitos cometidos en Guatemala y lo relativo á bienes raices aquí situados, son objetos que corresponden esclusivamente á la jurisdiccion

guatemalteca,sean guatemaltecos ó extranjeros, los que delinquen ó intervienen en esos actos. 2. ° Las obligaciones contraidas en Guatemala, pueden hacerse cumplir por los Tribunales de la República, sea cual fuere la calidad de los obligados. 3. ° Las obligaciones contraidas en el extrangero, pueden hacerse cumplir en Guatemala, cuando se interesa en ellas un guatemalteco ó extrangero domiciliado, ó cuando los contrayentes extranjeros se han sometido voluntariamente á la jurisdiccion de Guatemala.

207—Para concluir ha de advertirse que la ley declara espresamente que el cambio de nacionalidad no produce efectos retroactivos (59 C.) Así pues, los derechos y obligaciones anteriores á él, no sufren alteracion por la nueva calidad, ni en virtud de esta puede pretenderse esencion para su cumplimiento. Así tambien, para la resolucion de cuestiones que se susciten sobre hechos acaecidos en tiempo en que el extranjero era ciudadano de Guatemala, deben tenerse presentes estas leyes, y no las de la nacionalidad nuevamente adquirida, á las que pudiera querer acogerse en caso de serle mas favorables. Esta disposicion es justa é indispensable, sobre todo en países como el nuestro, para evitar que el guatemalteco, por el hecho de adquirir, ó el extranjero por el de recobrar, una nacionalidad extraña, cuando conviniera á sus intereses, pretendiera conseguir preferencias indebidas que diesen lugar á conflictos internacionales (Calva y Segura.)

———

PARRAFO SEGUNDO.

DOMICILIADOS Y NO DOMICILIADOS; VECINOS Y TRANSEUNTES.

I.

208—El domicilio tiene inmediata relacion con el estado civil de las personas por la necesidad de llenar allí formalidades relativas á él para el matrimonio, el divorcio, la tutela, para las citaciones judiciales y para la apertura de sucesion de los bienes. Su determinacion exacta es indispensable, porque el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se hacen efectivos, por lo comun, ante la autoridad del domicilio; y porque es necesario, para el efecto de las disposiciones legales, que la persona tenga un asiento fijo en donde se presuma siempre presente.

209—El *domicilio* puede decirse que es *la relacion jurídica entre una persona y el lugar en que se reputa presente, en cuanto al ejercicio de sus derechos privados y al cumplimiento de sus obligacioues.* Es relativo á una parte determinada del territorio de la República, y por eso se llama *domicilio civil*, reglamentándolo el Derecho Civil por referirse á relaciones privadas civiles.

210—El domicilio civil de una persona lo constituyen la residencia en un lugar, y la intencion real ó presunta de permanecer en él. El hecho solo de habitar en un lugar no constituye mas que residencia: la residencia, unida al ánimo de permanecer, constituye el domicilio. Este se toma muchas veces por el lugar mismo en que está la relacion jurídica ó la persona; y por esto se dice que el domicilio de una persona es el lugar en que reside habitualmente: el asiento principal de sus negocios; y á falta de uno y otro, se reputa que es el lugar en que se halla (60 C.) y allí se le demanda (85 C. Pr.) Como de los elementos de que se compone el domicilio, solo la residencia es un hecho susceptible de ser conocido por sí solo, mientras que la intencion de permanecer no puede ser conocida sino por hechos que la revelen, la ley, para determinarlo, se fija primero en la residencia habitual. Si la sola residencia no induce ánimo de permanecer, la residencia habitual no puede ménos de suponerlo, porque debe creerse que, donde ordinaria y habitualmente se reside, están la familia, el centro de los negocios, las relaciones principales de la persona. En falta de residencia habitual, el ánimo de permanecer se revela por el asiento principal de los negocios, pues no hay otro lugar que deba llamar mas la atencion de la persona, que aquel en que tiene todos sus asuntos é intereses, y es natural que allí se consideren existentes relaciones íntimamente ligadas con ellos. Y por último, cuando nada hay que indique el ánimo de permanecer, siendo sin embargo indispensable determinar el domicilio, se acude al único dato que se ofrece, y es el del lugar en que se encuentra la persona, de suerte que aquí la residen-

cia hace las veces de domicilio civil (60 C.)

211—Consecuencia de necesitarse para la constitucion de éste, el ánimo de permanecer, es que no se adquiere domicilio civil en un lugar por el solo hecho de habitar en él por algun tiempo, casa propia ó ajena, si se tiene en otra parte el hogar doméstico, y si por otras circunstancias, aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, ó la del que ejerce una comision temporal, ó la del que se ocupa en un tráfico ambulante, porque en ninguno de estos casos puede presumirse la intencion de permanecer (72 C.) En consecuencia con esta prescripcion, ni aun los empleados adquieren domicilio en un pueblo por el solo hecho de estar desempeñando en él una comision, cuando ésta es accidental y no tiene carácter permanente (62 C.)

212—La ley permite que un individuo tenga dos ó mas domicilios y así declara que, cuando concurran respecto á una persona, en varias secciones territoriales, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene, y en cualquiera de ellas puede ser demandada (86 C. pr.); pero si se trata de cosas que dicen relacion especial á una de dichas secciones esclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil (71 C.) Esta disposicion tiene por objeto que no se burle el cumplimiento de una obligacion con la alegacion de diferente domicilio, cuando lo hay tambien legalmente en el lugar en que se exige, y la limitacion respecto de lo que se relaciona esclusivamente con una seccion determinada, se funda en que esa misma relacion esclusiva hace presumir, no solo que allí estan los medios de comprobacion y de hacerse efectivo el dere-

cho, sino tambien que fué la intencion de los interesados referirse á ella preferentemente.

213—El domicilio de que se ha hablado hasta ahora es enteramente *voluntario*, porque el individuo puede constituirlo donde él quiera, dependiendo solo de él la residencia en uno ú otro punto del territorio y el ejercicio de los actos que revelen su intencion de permanecer. Voluntario como es, puede mudarse, cuando así convenga á la persona, sin perjuicio estar á las consecuencias que legalmente resulten del domicilio anterior; y en ese concepto, nadie puede impedir que cualquiera, sea natural ó extrangero, mude de domicilio, lo cual se efectúa por una intencion contraria, unida al hecho de residencia en otra parte (78 y 79 C.) Teniendo el individuo como una garantía constitucional libertad para permanecer en el territorio de la República, ó para salir de él, por regla general, debe indudablemente reconocérsele el derecho á lo que es ménos, es decir, á cambiar de domicilio dentro del mismo territorio (19 Constitucion de 11 de Diciembre de 1879.)

214—A diferencia de ese domicilio voluntario, está el que algunos llaman *necesario*, porque no proviene de actos que dependan esclusivamente de la voluntad de la persona, sino del estado civil ó condicion de la persona, ó de la comision ó empleo que tiene, aunque en este último caso, lo que hay propiamente, es que la ley declara el domicilio por hechos que, para ella, hacen presumir la intencion de permanencia.

215—Cuando una persona se encuentra bajo la direccion ó dependencia de otra, la ley establece que tiene el mismo domicilio que ésta, porque siendo el

principal objeto de la determinacion del domicilio fijar el lugar en que deben hacerse efectivos los derechos y obligaciones civiles, los que no pueden ejercerlos por sí solos, sino que necesitan del ministerio de administradores, deben seguir el domicilio de estos, que son los que completan su personalidad jurídica. Así, el domicilio del menor de edad no emancipado, es el de la persona á cuya patria potestad está sujeto (64 C.): el del menor que no está bajo patria potestad y el del mayor incapacitado, es el del tutor ó guardador (65 C.) Si la mujer enviuda ó se separa legalmente, para determinar su domicilio, se está á los principios generales que fijan el domicilio voluntario, porque ya por sí sola, y completa su personalidad jurídica, queda sujeta á las disposiciones comunes.

216—Tambien los que sirven á una persona y habitan en su casa, sean mayores ó menores de edad, tienen el domicilio de la persona á quien sirven; pero si son menores, y poseen bienes que estén á cargo de un tutor, el domicilio, en lo que se relacione con los bienes, será el del tutor (67 C.) Desde que habitan y sirven en la casa del patron, tienen en ella su hogar y su negocio, y debe presumirse su intencion de establecer allí su domicilio. Estan comprendidos en la disposicion legal, aun los menores, porque estos pueden servir y sirven, de hecho, en puntos diferentes y distantes del domicilio de los padres ó tutores, y se entiende que estos al permitirlo, consintieron en el cambio de domicilio. Mas si el servicio se presta por una mujer casada, aunque sea con el consentimiento del marido, parece propio que conserve el domicilio de éste, por estar señalado como necesario para todos los casos sin distincion, y porque haciendo á la esposa el

matrimonio una misma persona con el esposo, es mas conforme eso al decoro público y al buen órden doméstico.

217—Los empleados públicos tienen forzosamente su domicilio en el lugar en que sirven su destino (61 C.): los militares en servicio activo, en el lugar en que están destinados (63 C.): y los que se hallan estinguiendo una condena, en el lugar donde la extinguen, por lo que toca á las relaciones jurídicas posteriores á la condena, conservando en cuanto á las anteriores el último que hayan tenido (7. del Dec. de Ref. al C. Civ.)

218—Respecto de los empleados civiles y militares, la razon de la ley es que debe creerse que el que acepta destino de una ú otra clase, en un lugar determinado, se propone dedicarse á él, llenar sus deberes con exactitud, y por consiguiente, constituirse en el lugar del desempeño. En los empleados no quedan comprendidos los que solo temporal ó periódicamente van á desempeñar funciones, como los Diputados á la Asamblea.

219—Acerca del domicilio por razon de condena, la ley exceptuaba el caso de los condenados á destierro simple, y establecia que estos conservaban su domicilio anterior (68 C.) Esto se esplicaba bien en los Códigos en que el destierro figura entre las penas porque no tiene lugar determinado para su extincion; pero el Código Penal nuestro no lo comprende entre las penas, y aun la de extrañamiento del lugar que sí admitia, quedó suprimida sustituyéndose á ella el arresto mayor (artículo 2.° Dec. de 21 de Enero de 1879.) Por eso se suprimió esa parte en la reforma, y se suprimió tambien la disposicion del artículo que la precedia referente al confinamiento que tampoco existe legalmente.

220—En órden á los que sirven en la marina, ésta puede ser mercante ó de guerra; de la República ó extranjera, y el domicilio se fija diferentemente, segun los diversos casos.

221—Los que sirven en la marina de guerra de la República, tienen su domicilio en el lugar guatemalteco en que se encuentran (73 C.) Los que sirven en su marina mercante, se tienen por domiciliados en el lugar de la matrícula del buque; pero si fueren casados, no separados, y su mujer tuviere casa en otro lugar, éste se reputará domicilio de aquellos (74 C.); porque es de suponerse que allí tienen el centro de sus negocios, y pueden compararse con los traficantes que sin tener establecimiento fijo, buscan su subsistencia como porteadores.

222—Cuando ademas tuvieren algun establecimiento en lugar distante del de la matrícula del buque, se consideran domiciliados en él, no siendo casados; y siéndolo, el lugar del establecimiento será el domicilio respecto de los actos relativos al jiro, y respecto de los demas, el de la habitacion de la mujer (75 C.) Esto se funda en que los que sirven en la marina mercante pueden tener obligaciones contraidas en diferentes lugares, unas relacionadas con el establecimiento, y otras independientes de él.

223—Los ciudadanos guatemaltecos que, sin licencia del Gobierno, sirven en la marina de guerra extranjera, ó en buque armado en corso por gobierno extranjero pierden por ese hecho, no solo la ciudadanía guatemalteca, sino tambien el domicilio que tenian, y solo pueden recobrarlos del mismo modo que los que sirven á potencia extranjera (76 C.) Si el servicio se presta en marina mercante extranjera, los guatemalte-

cos conservan el domicilio que tenian al entrar al servicio, á ménos que hubieran renunciado la ciudadania guatemalteca (77 C.)

224—La ley señala no solo el domicilio de las personas naturales sino tambien el de las jurídicas, porque éstas, lo mismo que las otras, tienen derechos civiles que ejercitar y obligaciones que cumplir. Así, declara que el domicilio de las corporaciones, asociaciones y establecimientos legalmente reconocidos, es el lugar donde está situada su direccion ó administracion, porque ejercen los derechos por medio de los representantes ó apoderados legales que lo son sus jefes, directores ó administradores. Mas esa declaracion de la ley debe entenderse en falta de disposicion de las leyes especiales ó estatutos, pues en éstos puede determinarse otro domicilio, con la única condicion de que el lugar que se fije, esté dentro de la demarcacion territorial sujeta á nuestras leyes, pues de otro modo, no podrian hacerse efectivas las responsabilidades y obligaciones (70 C.)

225—La determinacion del domicilio es indispensable en muchos casos muy importantes, entre los que figuran los siguientes como principales. El Juez del domicilio es el que presta el consentimiento para el matrimonio de los menores, en falta de tutor; ó lo suple por impedimento de las personas que deben prestarlo (126 y 127 C.)

226—En la solicitud para contraer matrimonio, debe espresarse el domicilio de los contrayentes y el de sus padres, y la autoridad política del domicilio es la competente para la celebracion (25 y 28 del Dec. de Ref. al Código Civil). El Juez del domicilio es el que decide si la viuda que pasa á segundas nupcias

continua con la tutela de sus hijos de primer matrimonio (314 C.)

227—El domicilio determina de preferencia el Juez competente (84 y 94 C. Pr. Civ.) de suerte que por regla general, el que no está domiciliado sino que es transeunte en un lugar, no puede ser demandado allí, sino ante sus Jueces territoriales, á ménos que conste que ha renunciado espresa y terminantemente el fuero del domicilio (83 C. y 5.° 55 Pr. Civ.) Ante el Juez del domicilio se pide la informacion para litigar como pobre (319 C. Pr.) Debe expresarse el de los que otorgan un testamento ó cualquier otro instrumento público (artículos 153 del Dec. de Ref. al Cod. Civ. y 2.° 163 C. Pr. Civ.) Determina preferentemente la competencia en los juicios de testamentaria 266 del Dec. de Ref. al C. de pr. civ.): el interventor de la testamentaria debe ser domiciliado en el lugar (3.° 1313 C. Pr. Civ.): El juez, al recibir las declaraciones de los testigos, cuando se abre un testamento cerrado, debe hacer constar el domicilio de los testigos al otorgarse (1674 C. Pr.): el Juez del domicilio es el competente para decretar el depósito de personas y para conceder habilitacion judicial para comparecer en juicio (1750 y 1793 C. Pr.) Segun el Código de Comercio, los testigos ante quienes se hace el protesto deben ser del domicilio del aceptante (610.'')

II.

228—*Vecindad* es *la calidad de una persona con relacion á la jurisdiccion municipal en que tiene su residencia.* Se diferencia del domicilio en que éste se refiere á todo un Departamento y al ejercicio de los de-

rechos y cumplimiento de las obligaciones civiles, miéntras que la vecindad se refiere solo á la jurisdiccion municipal, y casi siempre hace relacion á derechos exclusivos de esa localidad, ó á cargos ó pensiones municipales.

229—Segun el artículo 6.° del Decreto del 30 de Setiembre de 1879, los habitantes de una jurisdiccion municipal, ó sea del territorio á que se extiende la accion administrativa de una Municipalidad, se dividen en *vecinos* y *transeuntes*. Son vecinos *los que tienen habitualmente su hogar en una jurisdiccion municipal*, ó *se radican en ella con ánimo de permanecer, teniendo allí el centro de sus negocios;* y son transeuntes *los que, de paso* (81 C.) y *accidentalmente, se encuentran en una jurisdiccion municipal, teniendo su residencia en otra distinta.* La calidad de vecino se declara, en caso de duda, por la Municipalidad respectiva; y los vecinos, sean naturales ó extranjeros, gozan de los derechos y estan sujetos á las obligaciones ó impuestos municipales, á diferencia de los transeuntes (artículos 6.° á 11 del Dec. citado, y 80, 82 y 83 C.)

230—En algunos casos, la ley determina lo que debe entenderse por vecindad para ciertos efectos. Así es, que para la obligacion de contribuir á los gastos de caminos, se tienen como vecinos por el artículo 1.° Dec. de 30 de Mayo de 1877, los que tienen un año de residencia en cualquier punto de la República.

231—La determinacion de la vecindad es indispensable además, para algunos actos civiles. Así, los que no estan domiciliados en la cabecera ocurren, para contraer matrimonio, al Alcalde 1.° municipal del pueblo de donde son vecinos (artículo 25 Dec. de Ref.

al Cod. Civ.): los testigos de los testamentos deben tener, por lo ménos algunos, la calidad de vecinos (772 inciso 1. °, 775 inciso 2. ° y 777 inciso inciso 2. ° C.), y deben tenerla tambien los que comprueban al Escribano, en su caso, la identidad de una persona que vá á otorgar un instrumento (inciso 7. ° 163 C. Pr.) Es indispensable, tambien, la determinacion de la vecindad, que se confunde entónces con el domicilio, para establecer quien es Juez competente en asuntos de menor cuantía. La solicitud del que pida la posesion de alguna cosa por título especial debe expresar la vecindad del peticionario (1124 C. Pr.)

232—Respecto de los transeuntes, se ofrecen desde luego como disposiciones que deben tenerse presentes, la de que al demandante transeunte se puede oponer como excepcion dilatoria, la de arraigo personal ó prestacion de fianza de estar á derecho (577 C. Pr.), y la de que falleciendo un transeunte, el Juez, de oficio, procede á asegurar sus bienes, aun ántes de los nueve dias señalados para comenzar el inventario (1310 C. Pr.) Como se habrá notado, el domicilio y la vecindad no se confunden con la naturaleza ni con la ciudadanía: uno puede ser vecino de una jurisdiccion municipal, ó estar domiciliado en un Departamento, y no ser guatemalteco, ó por lo ménos, no ser ciudadano si no goza de los derechos políticos. Por el contrario, un guatemalteco, aunque tenga la calidad de ciudadano, solo será vecino del lugar en que tiene su residencia.

PARRAFO TERCERO.

DE LOS AUSENTES.

I.

233–AUSENCIA–El tratado de ausencia, puede decirse que es enteramente nuevo entre nosotros. La legislacion española no contenia un cuerpo de doctrina sobre esta materia, sino una ú otra disposicion dispersa é incidental y relacionada, casi esclusivamente, con los juicios. La facilidad de las comunicaciones, la frecuencia de los viajes, debida á esa facilidad y á la extension de las negociaciones industriales y mercantiles, y la necesidad de proveer á la situacion de la familia y á la conservacion de los intereses de los ausentes, han hecho indispensables un conjunto de prescripciones legales que determinen lo que procede hacer en el estado de ausencia. Se ha formado de élla un estado especial por las importantes modificaciones que sufre el derecho de los ausentes en su familia y en sus bienes; pero es un estado que generalmente solo depende de la voluntad del que en él se ha colocado.

234—En el sentido legal, y para los efectos del Código, salvo que se trate de materias como la prescripcion en que hay otra disposicion especial, es ausente *el individuo que se halla fuera de la República, ó cuyo paradero se ignora* (84 y 85 C.) Así, pues, todo aquel que está fuera del territorio de Guatemala, aunque se sepa él lugar de su residencia es *ausente;* y es *ausente* tambien, todo aquel cuyo paradero sea ignorado, esté ó nó en la República. Otros Códi-

gos, como el francés, no consideran ausente para los efectos de que vá á hablarse, sino solo á aquel cuyo paradero es ignorado, y nó al que tiene residencia conocida, aun cuando sea fuera de la República, y tienen en su apoyo varias consideraciones. Figuran entre ellas la de que no debe confundirse un individuo cuya existencia es un hecho averiguado ó indudable, con otro cuya vida es incierta, y que puede presumirse muerto, desde que no es natural que, teniendo familia y bienes en un lugar, no mande noticias suyas: la de que no debe confundirse, tampoco, un hombre con quien se puede entrar en comunicacion y mantenerla, ya que se sabe su residencia, darle aviso de cuanto ocurra en su familia é intereres, y excitarle á que tome medidas en favor de estos y de aquella, con otro, con quien esa comunicacion es imposible por no saberse su paradero: la de que no debe confundirse á uno cuyo regreso depende de su voluntad y de los motivos que, para ello, se le hicieran presentes, con otro cuyo regreso es incierto, quizás independiente de su voluntad, y á quien no es posible estimular para que vuelva; y finalmente, la de que no puede equipararse á un hombre que, á poca ó mucha costa, y en mas ó ménos tiempo, puede con seguridad tener conocimiento del estado de sus negocios, con otro que se halle en total ignorancia acerca de ellos por la imposibilidad de trasmitirle algun aviso. A pesar de esto, como la ley hace cesar las precauciones que, en beneficio del ausente y de su familia é intereses, adopta, desde que él constituye persona que lo represente; y como para las medidas mas trascendentales, se requiere, como vá á verse, que no se tengan noticias del ausen-

te, se destruyen casi por completo los inconvenientes que, á primera vista, pudieran hacer insostenible la equiparacion del que está fuera de la República en lugar conocido, con el de residencia ignorada. Para proceder con mas claridad en esta materia, se tratará separadamente de los efectos de la ausencia relativos á la familia y á los bienes: de la posesion provisional: de la posesion definitiva y del fin de la posesion; y de los asuntos judiciales.

II.

235—FAMILIA. Las leyes tienen que llenar del mejor modo posible, el vacío que el ausente deja en la familia y fijar los médios de que se cumplan las obligaciones que él ha descuidado. Cuando los impulsos de la naturaleza no bastan para que el padre vuelva al lado de su familia, ó cuando un acontecimiento inesperado, ó una desgracia cualquiera lo alejan de ella, la ley tiene que prescribir lo que se hace para suplir la falta del que es marido ó padre.

236—La muger del ausente tiene, en todo caso, la patria potestad de los hijos de ambos (102, 286, 290 C.) y tendrá tambien, en falta de apoderado, la administracion de los bienes del marido (86 y 103 C.)

237—Si el marido ausente deja hijos menores de un matrimonio anterior, se les provée de tutor para sus bienes propios, por no ser prudente confiarlos á una persona que, como la madrastra, no los quiere bien, y tenga intereses encontrados ú opuestos. La muger dará sin embargo, de los bienes que administra, lo que falte para los alimentos de aquellos hijos si no bastaren los bienes de ellos, como tendria que

hacerlo el padre si estuviera (103, 241, 242 C.)

238—Si el ausente no tiene cónyuge, se constituye á los hijos menores bajo el poder de un tutor, y éste será tambien guardador de los bienes del ausente (105 C.) Pueden pedir el nombramiento de un tutor en favor de los hijos menores del ausente, todos los que puedan pedirlo para los huérfanos cuyos padres han fallecido (89 C.), es decir, ellos mismos si son púberes; y si nó, los parientes ó cualquiera del pueblo; y, en último caso, el Juez lo hace de oficio (1632 C. pr.)

239—Todos los que administren bienes del ausente deben proveer de alimentos á los que tuvieren derecho á recibirlos (104 C.)

240—Por ausencia real ó aparente del marido, cuando de la demora se siguiese perjuicio, el Juez puede suplir la autorizacion marital para los actos en que la muger la necesita (fr. 2.ª 156 C.)

241—La ausencia de uno de los cónyuges sin justa causa, y por mas de cinco años, es una de las causales para que se solicite y se declare el divorcio (inc. 7.°, art. 53 Dec. de reformas al C. civ.) Cuando el nacimiento del hijo ha acaecido cuando hace mas de diez meses que está ausente el marido, puede éste desconocerlo alegando adulterio de la madre (art. 62 Dec. de reformas al C. civil.)

242—Si las personas respectivamente llamadas á prestar el consentimiento para el matrimonio de los que son menores de edad, se hallan ausentes, en paises extranjeros distantes, de donde no se puede obtener contestacion en menos de cuatro meses, el Juez del domicilio suple el consentimiento (127 inc. 2.° C.) Y si el guatemalteco, ausente en el extran-

jero, quiere contraer matrimonio y está en caso de urgencia que no permita recurrir á las autoridades de la República, suplen el consentimiento el Ministro ó el Cónsul residente en el lugar de su celebracion; en su defecto, los del mas inmediato; y no habiéndolos, y sí peligro de muerte próxima, basta para la válidez del matrimonio, probar plenamente que concurrieron esas circunstancias (133, 134, 135 C.)

243—El hijo de familia menor de edad y la muger casada pueden obtener habilitacion judicial para comparecer en juicio, si fuesen demandados ó se les siguiesen graves perjuicios de no demandar, y se ignorase el paradero del padre ó del marido, ó estuvieren ausentes sin que haya fundada esperanza de su próxima vuelta (1794 C. pr.)

244—Cuando alguno ha estádo ausente de la República por mas de cinco años, y quiere contraer aquí matrimonio, además de llenar las formalidades comunes á todos, debe presentar tres testigos que acrediten haberlo conocido en el lugar en que ha permanecido y constarles su libertad de estado (art. 32 Dec. de reformas núm. 272.)

III.

245—BIENES. La ausencia de una persona no destruye los derechos que tenga sobre sus bienes: puede celebrar, directamente ó por medio de apoderado, cualquíer contrato sobre ellos. Puede tomar posesion por medio de procurador sin intervenir personalmente (528 C.); y el que en su ausencia se apodere de la cosa de que es dueño, y cuando vuelve lo repele, es poseedor violento (521 C.)

246—Puede, tambien, el ausente adquirir y perder por prescripcion; pero cuando se trata de cosas in-

muebles, para que se adquieran por prescripcion positiva, se necesita que si el dueño está ausente, trascurran diez años, es decir, un número doble de los que se requieren entre presentes (125 del Dec. de reformas núm. 272). Para los efectos de la prescripcion son ausentes los que estan fuera del territorio de la República (125 Deç. de reformas núm. 272.) El ausente puede donar sus bienes, comprar y vender, dar en arriendo (714, 1515 y 1669 C.) sin necesidad de estar presente. El término para aceptar la herencia es de tres meses si el heredero está en el Departamento en que ha muerto la persona de cuya sucesion se trata: de seis, si está fuera del Departamento pero en la República; y de un año, si se halla fuera de la República (857 C.) En los casos de ausencia fuera de la República, del heredero ó herederos conocidos, el Juez procederá de oficio al inventario y depósito provisional de los bienes heredados, del que haya fallecido ab-intestato (858 C.)

247—Cuando una persona está ausente de su domicilio pero en la República, y se sabe su paradero, no hay necesidad de tomar ningunas medidas respecto de sus bienes, porque se supone que puede y quiere administrarlos desde el lugar en que se encuentra, y que no ha creido oportuno nombrar representante. Mas cuando la ausencia es fuera de la República ó en lugar desconocido, si bien por esto no se extinguen los derechos del propietario sobre sus bienes, debe haber alguno que tenga el inmediato cuidado y administracion de ellos. La ley respeta el derecho del ausente de confiarlos á quien le parezca; pero si por descuido, negligencia ú otro motivo cualquiera, no lo hizo, sino que dejó abandona-

dos sus intereses, la autoridad que debe proteger á todos los individuos y evitar la usurpacion de su fortuna, tiene que proveerlos de administrador, y tomar todas las precauciones conducentes á que el ausente no sea perjudicado. Respetando, pues, ante todo, la voluntad del dueño se dispone: que administre los bienes, en primer lugar, el apoderado que él hubiese elegido con tal objeto: no habiendo apoderado, nadie puede tener mayor interés por el ausente que su cónyuge é hijos, asi es que en ese caso, el cónyuge, y en falta de él, los hijos son los administradores legales si el ausente no hubiese dispuesto otra cosa (86 C.)

248—Si el ausente de la República, ó de domicilio ignorado, no tuviere apoderado ó éste rehusare ejercer el cargo (1643 C. pr.), ni hijos mayores ni menores, ni tutor de su persona, cuando él fuere menor como deberia tenerlo aun estando presente, probada y declarada préviamente, conforme al Código de procedimientos (Párrafo 3°, Tít. 11, Lib. 2°), la necesidad de proveer de administrador, porque no lo haya, nombra el Juez, con ese carácter, al que resulte ser pariente mas próximo del ausente y tenga las condiciones necesarias; y en caso de no haber parientes, á una persona de conocida probidad (87 C, 1646 y 1647 C. pr.)

249—Pueden pedir el nombramiento de guardador ó administrador de los bienes del ausente, en primer lugar, todos los parientes ó personas que tengan derecho á ellos, como mas inmediatamente interesados en que no se pierdan: en segundo lugar el Ministerio Fiscal, representante de los intereses de la sociedad; y, por último, á falta de parientes, cual-

quiera del pueblo, por el interés público que hay de que esos bienes no se pierdan ó usurpen. Si el ausente fuese menor, se reencarga el cuidado de los bienes á su guardador si lo hubiere, ó se le nombra como á los demás menores (1642 C. pr.)

250—El guardador antes de encargarse de la administracion de los bienes, tiene que practicar inventario y tasacion judicial de ellos, dando hipoteca ó fianza en los términos establecidos para los tutores (9. ○ Dec. de reformas al C. civil núm. 272.)

251—La disposicion que se reformó, y era el art. 90 del Código Civil, decia que la fianza se diera por el valor de los bienes; pero teniendo este administrador las mismas limitaciones que los tutores y guardadores, no habia razon para que la hipoteca ó fianza se constituyera por todo el valor de los bienes, cuando los demás guardadores y los tutores la prestan únicamente por el importe de los muebles y por el valor de las rentas y productos de los raíces y utilidades calculadas de las otras negociaciones (346 C.) Así, hoy estan equiparados en este punto. La hipoteca ó fianza, se constituyen con intervencion del agente fiscal, y obligándose á devolver los bienes y sus frutos luego que el ausente aparezca (1646 y 1647 C. pr. civ.)

252—Las facultades de este guardador y sus obligaciones y remuneracion se rigen por las reglas establecidas para los tutores (10, Dec. de reformas núm. 272.) Así quedó modificado el artículo 91 del Código Civil, pues no habia fundamento para restringir mas las facultades del administrador de bienes de un ausente que las de cualquier otro guardador ó las del tutor de un menor, de modo que ya pueden

vender los raices con autorizacion judicial, y pueden enagenar los muebles; y en conformidad con esta modificacion se encuentra el art. 1725 del Código de procedimientos civiles que establece que la enagenacion de bienes de un ausente, puede promoverse por su representante, sujetándose á las mismas reglas dadas para los bienes de menores ó incapacitados.

253—Por los ausentes pueden pedir la particion sus representantes legítimos (1017 C); y en ese caso la particion debe ser aprobada judicialmente (1032 C.)

254—Siempre que una cosa pertenezca á un ausente, ó tenga participacion ó interés en ella, la venta debe hacerse en pública subasta (fr. 2.ª 1631 C.) Las transacciones sobre bienes ó derechos de los ausentes, no son válidas mientras no sean aprobadas por el Juez competente, quien, al efecto, debe oir el dictámen de dos expertos en el asunto de que se trate (1843 y 1844 C.)

255—Segun el artículo 1324 del Código de procedimientos civiles, cuando el representante de un ausente promueve el juicio de testamentaría debe presentar testimonio en forma del auto de la declaracion de ausencia, ó de la presuncion de muerte del ausente; pero si, durante el juicio, se hace constar la fecha de la muerte del ausente, desde entónces se entenderá abierta la sucesion y cesará en sus funciones el representante (1325 C. pr.)

256—Los productos de los bienes raíces, y en su caso, su precio, el valor de los inmuebles que se vendan y las rentas que se cobren, deben ser colocados á interés, en beneficio del ausente, para hacer productiva la suma que de ellos resulte (92 C.); y se observará en este particular y en lo aplicable,

lo establecido acerca de la imposicion á interés de capitales de los menores (371 y 372 C.)

257—El guardador puede adquirir para el ausente cualesquiera bienes ó derechos por sucesion ú otro título gratuito; pero debe dar fianza de devolverlos á quienes correspondan, si no prueba dentro de cuatro años. que el ausente vivia al tiempo de la adquisicion (113 C.) La razon es que el guardador solo adquiere para el ausente, como su representante; y si el representado habia muerto con anterioridad, no hay derecho en qne se funde la adquisicion, porque la representacion habria terminado con la muerte.

258—Cuando el acreedor se halla ausente del lugar en que debe hacerse el pago, y no tiene legítimo representante, el Juez, con citacion del defensor que él nombre, puede autorizar la consignacion que el deudor solicite, rindiendo la informacion de la ausencia y de la falta de persona que lo represente (347 Dec. de reformas núm. 272.)

259—El cargo de guardador termina (1649 C. pr.):

1. ° Por muerte de él ó por muerte del ausente, debidamente comprobada y ocurrida antes de que haya cesado por otro medio. (1. ° y 2. ° 431 C.)

2. ° Por ausencia del mismo administrador, ó renuncia ó remocion declarada en forma legal; pero tanto en este caso como en el de que muera, es indispensable proveer al ausente de otro administrador que lo reemplaze (3. ° 93 y 3. ° y 4. ° 431 C.)

3. ° Cuando vuelve el ausente ó constituye apoderado, porque falta entónces la razon de necesidad de la guarda (1. ° 93 C.)

4. ° Cuando se dá á los herederos la posesion de los bienes del ausente, por carecer ya de objeto, pues-

to que los bienes pasan al poseedor (2.° 93 C.) El guardador está en la obligacion de rendir cuentas lo mismo que los tutores de menores. Terminado el cargo, tiene obligacion de devolver los bienes que recibió y los aumentos obtenidos; y si es por regreso del ausente, y se duda que sea el mismo, cuyos bienes se dieron en administracion, tiene que probar la identidad de su persona, antes de que se haga la devolucion. El Juez debe admitir esta prueba y resolver segun ella (1650 C. pr. civ.)

IV.

260—POSESION PROVISIONAL. El nombramiento de guardador es una medida de precaucion en favor de los bienes del ausente; pero esa medida no puede subsistir de un modo indefinido.

261—Debiendo haberse publicado, antes de nombrar administrador, la solicitud relativa á ella, por carteles fijados durante sesenta dias y por los periódicos si los hay; si esto no obstante, pasan cinco años y el ausente no se presenta ni se tiene en ese período noticia de él, hay ya verdadera incertidumbre acerca de su vida. Por este motivo, y para no perjudicar á sus herederos que recibirian daño de que la administracion del guardador se prolongara sin término, porque se les privaria de mejorar los bienes, de celebrar contratos sobre ellos y de disponer de intereses á que tienen derecho en falta del ausente; la ley establece que si, durante cinco años contados desde su desaparicion, ó desde la última noticia posterior á ella, no se tiene noticia alguna de él, sus herederos testamentarios ó legales, pueden pedir la posesion provisional de sus bienes, y con-

cedida, acaba la administracion del guardador (12 del Dec. de reformas núm. 272.)

262—El término de cinco años es suficiente para que el ausente llegue á tener noticia de las medidas que se han tomado relativamente á sus bienes y para que vuelva ó disponga lo que se debe hacer con ellos, constituyendo persona que lo represente; ó por lo menos, para que mande noticias suyas. El Código (96) no determinaba desde cuando comenzaban á contarse los cinco años: se limitaba á decir que no se tuviera noticia durante cinco años, y buscando un término menos sujeto á variedad y duda, se reformó en el sentido que queda expresado.

263—Pueden pedir esta posesion los que sean herederos testamentarios ó legales del ausente, debiendo abrirse el testamento cerrado del ausente si lo hubiere, y guardándose el mismo órden que se guarda para la posesion hereditaria por causa de muerte; y atendiéndose, para la calidad de heredero, á la época en que la solicitud se formula. El Juez, despues de publicada ésta, por carteles fijados durante cuatro meses, y por los periódicos si los hay, y despues de probada la ausencia, y de presentado el testamento ó acreditado el carácter de heredero legal, manda dar la posesion provisional (1104, 1651 y 1652 C. pr.)

264—Son aplicables á esta posesion las mismas reglas que establece la ley, respecto de los que piden la posesion hereditaria. Así, habiendo otros herederos segun el testamento que se presente, se mandará dar posesion proindiviso (1107 C. pr.) Si todos ó la mayor parte de los herederos solicitasen la posesion á un mismo tiempo, mandará el Juez que se

dé en comun ó proindiviso, confiándose la administracion al que eligiere la mayoria de los herederos, sin perjuicio de que estos acuerden otro modo de poseerla (1108 y 1109 C. pr.)

265—Puesto que para otorgarse la posesion provisional se requiere que hayan trascurrido cinco años sin tenerse noticia del ausente, no tendrá lugar generalmente sino respecto de los bienes de aquel, cuyo paradero es desconocido, como que no se encontrará en aquel caso el que tiene residencia conocida, aunque sea fuera de la República. De este modo, segun quedó ya antes indicado, se modifican los efectos de la definicion de ausente que comprende á uno y á otro del mismo modo, y no se ofenden los principios, segun los cuales, la calificacion de ausente deberia reservarse para los de paradero ignorado dentro ó fuera de la República.

266—Al concederse la posesion provisional, se hace particion de bienes de la sociedad conyugal, entregándose á la muger los que la correspondan por ser propios de ella, ó como gananciales líquidos hasta la fecha de la posesion provisional; y de todo podrá ya disponer libremente, tanto por faltar el fundamento de la sociedad, como porque no hay razon para que lo que le pertenece pase al poder de los herederos de su cónyuge (97 y 1169 C.) No por esto se disuelve el vínculo matrimonial, ni puede el cónyuge pasar á segundas nupcias, hasta que haya noticia cierta de la muerte del otro. Si vuelve, se restablece la sociedad conyugal.

267—El heredero que tiene la posesion provisional, está obligado, lo mismo que el guardador, á practicar inventario y tasacion de los bienes, para

que haya constancia de lo recibido, y á dar fianza é hipoteca á fin de que se pueda hacer efectiva cualquiera responsabilidad. Segun el artículo 98 del Código, la garantia debia ser por el valor de los bienes, y el poseedor no podia enagenar ni hipotecar los bienes raices, sino solo los muebles con licencia judicial, y eso prévia la correspondiente informacion de utilidad y necesidad. Acerca de esta disposicion, en lo referente al monto de la garantía que se dá y á las restricciones para enagenar ó hipotecar, debe reproducirse lo expuesto en órden al mismo punto respecto de los guardadores. Se modificó, pues, por el artículo 13 del Decreto núm. 272; y hoy, la fianza ó hipoteca la dan como los tutores; y pueden enagenar ó hipotecar en los casos y con las formalidades que ellos. Esto queda de acuerdo así, en el fondo, con el artículo 1726 del C. procedimientos que establece que, despues de la declaracion de ausencia y de la presuncion de muerte del ausente, solo los poseedores provisionales ó los definitivos, pueden promover la enagenacion de bienes con arreglo á sus respectivos derechos, entendiéndose que los primeros solo pueden hacerlo sujetándose á las reglas prescritas por la ley para la enagenacion de los bienes de menores é incapacitados.

268—Las garantias que se exigen al poseedor provisional dependen de que por la posesion no adquiere el dominio de los bienes: el ausente ú otro que tenga mejor derecho puede aparecer y pedirlos, y seria ilusoria la accion que estos ejercitaran si no hubiera medios de hacerla efectiva.

269—El poseedor provisional, lo mismo que el guardador, puede adquirir para el ausente, cualesquiera

bienes ó derechos por sucesion ú otro título gratuito; pero dando fianza de devolverlos á quienes correspondan, si no prueba dentro de cuatro años que el ausente vivia al tiempo de la adquisicion (113 C.) Sin embargo de esta disposicion, en materia de sucesion legal, si el ausente tiene herederos con derecho de representacion, el que tiene á la sucesion pasa á ellos en virtud de tal derecho, aun cuando hubiese muerto antes de abrirse aquella (759, 763, 954 C.) En materia de legados, la ley dice de un modo terminante: que el legatario que muere antes que el testador, no adquiere derecho al legado ni lo trasmite á sus herederos, á no ser que estos hubiesen sido igualmente llamados por el testador (883 C.) La ley habla en el supuesto de estar el legatario presente; pero si está ausente y aun en lugares desco nocidos, es de presumir que la intencion del testador al instituir un legatario en semejantes circunstancias, ha sido favorecer no solo al ausente sino tambien á los que lo representan. En cuanto á donaciones, deberia adoptarse la misma doctrina, pues si es cierto que deben entenderse hechas á persona determinada, tambien lo es que no son necesarias la presencia y aceptacion personales del mismo donatario, sino que basta la aceptacion del apoderado ó representante que, en el caso de que se trata, es el guardador ó poseedor provisional; y es de presumirse tambien que la intencion del donante al donar á uno, cuyo paradero se ignoraba, y sobre cuya existencia podia haber dudas, era favorecerlo no solo á él sino á sus descendientes (718 C.) Como consecuencia se deduce que cuando hay herederos del ausente, de la clase de los mencionados, no deberia requerirse la prueba de su existencia al tiempo

en que se ha abierto la sucesion, se ha constituido un legado ó hecho una donacion, pero sí en todos los demas.

270—El poseedor provisional, lo mismo que el guardador, es representante del ausente; y como nadie puede heredar despues de muerto, por que ha cesado su capacidad de derechos, si el ausente no vivia al tiempo de la adquisicion, el poseedor provisional no adquiere, en representacion de él, lo que él no podia adquirir. El plazo de cuatro años es bastante para que el poseedor haga las diligencias necesarias para averiguar los hechos conducentes y rinda la prueba de que el ausente vivia. Lo dicho no obsta á que el poseedor provisional pueda adquirir, por derecho propio, los bienes que no pudo adquirir á nombre del ausente, especialmente en las sucesiones de familia, ni le priva tampoco, si es hijo del ausente, del derecho de representacion que le concede la ley para heredar á los hermanos de su padre (763 C.)

271—El poseedor provisional hace suya la mitad de los frutos naturales, industriales y civiles, reservando la otra mitad para el dueño de los bienes (99 C.) Se toma este término medio, para conciliar los derechos del ausente con los de sus herederos, pues si hay que interesar á estos en la mejora y cuidado de los bienes y compensarles su trabajo, los motivos que para presumir la muerte de aquel hay hasta entónces, no son tan poderosos como para no poner una limitacion reservándole algun derecho. Tanto es así que, mientras no se haya dado posesion definitiva de los bienes del ausente, se le reputa vivo y con derecho de adquirir por cualquier título (112 C.), y ni se le podria privar de él, sin despojarlo de su carácter jurídico de persona que es inherente al individuo durante toda su vida.

272—Cesa la posesion provisional, ademas de los casos que son comunes á ella y á la definitiva, cuando se concede esta última.

V.

273—POSESION DEFINITIVA.—Puede suceder que no solo hayan trascurrido cinco años desde que se nombró guardador al ausente, sin tener noticias suyas, sino que se tenga prueba de su muerte; ó que haya pasado, sin tenerse noticia de él, el tiempo indispensable para que tenga la edad de setenta años. En el primer caso, la prueba de la muerte del ausente hace innecesarias ya las limitaciones de la posesion provisional, y procede una posesion absoluta que es la misma hereditaria que se da á los herederos del que muere en el lugar de su domicilio en la República. En el segundo, hay una presuncion vehementísima, casi igual á la certeza, de que el ausente ha muerto; porque á la falta de noticias, se agrega la circunstancia de que la ley, fijándose en lo que ordinariamente sucede, considera que el término mayor de duracion de la vida es de setenta años, y que, solo por excepcion, podria el ausente haber pasado de esa edad. Los herederos testamentarios ó legales que acrediten tener derecho á los bienes al tiempo de hacer la solicitud, podrán, por tanto, pedir que se les dé posesion definitiva, comprobando la muerte del ausente, ó que ya pasó el tiempo para que cumpliera setenta años, y deberá publicarse la solicitud durante cuatro meses por medio de carteles y en los periódicos (100 C. 1654 C. pr.)

274—Este último artículo dice tambien que se ha de acreditar que la ausencia ha continuado desde que se confirió la posesion provisional (inciso 1.°); y como esto hace entender, en cierto modo, que la posesion definitiva ha de ser precedida siempre de la provisional, conviene manifestar que no hay razon para que sea así; y que si se consignó de esa suerte, fué porque lo general será que se dé posesion definitiva cuando ya se haya dado provisional; mas no porque forzosamente haya de haberse dado ésta para que pueda procederse á dar aquella. Y en efecto, si antes de concederse la posesion provisional, hay pruebas de la muerte del ausente, ó ha trascurrido, sin haber noticia suya, el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de setenta años, la posesion provisional no tiene objeto ni procede en rigor legal; y seria ridículo que, por mera formalidad, se privara á los herederos de entrar en el pleno goce de sus derechos.

275—El poseedor definitivo, á diferencia del provisional, entra en el goce pleno de todos los derechos de sucesion, incluyéndose en la masa hereditaria la mitad de frutos que reserva el poseedor provisional, y debiendo cancelarse las fianzas de la posesion provisional, y quedar sin efecto ya cualquiera responsabilidad proveniente de ella contra el fiador. La posesion definitiva, lo mismo que la muerte real de una persona, hace pasar los derechos que á ésta correspondian á sus herederos ó sucesores, verificándose en éstos una verdadera confusion de las obligaciones á que estaban sujetos á favor del ausente, y del derecho que éste tenia para exigir su cumplimiento, ni seria justo que el fiador quedase indefinidamente responsable, cuando los principales obligados, de poseedores pro-

visionales que eran, pasan á serlo definitivos, que es casi lo mismo que propietarios (101 C.) Comprobada la muerte, ó establecida la vehementísima presuncion de que ocurrió, no hay razon para poner limitaciones al heredero, en lo relativo á la administracion y libre disposicion de los bienes, ni para exigirle cauciones de hipoteca ó fianza respecto de la devolucion. Tiempo es ya de que se fijen los derechos hasta entónces inciertos y precarios de los herederos y de que se mire por la movilidad de la propiedad y por el crédito territorial. La posesion definitiva se funda, pues, no solo en el interés de los herederos, sino tambien en una razon de conveniencia pública.

276—Como consecuencia de esto, y produciendo efecto el testamento desde la muerte del testador, los legatarios y todos los que por fallecimiento real ó presuntivo del ausente, tengan algun derecho á sus bienes como donatarios por causa de muerte, usufructuarios etc. pueden hacerlo valer contra el heredero que ha obtenido la posesion definitiva, y podrán por lo mismo, pedir que ésta se confiera á quien corresponda (106 C.) Debe ademas inscribirse la providencia que la mande dar en el registro de la propiedad (4. ° 2065 C.) Bien se pudiera sin embargo, dar á los legatarios la facultad de hacer valer sus derechos despues de la posesion provisional, dando la respectiva fianza como los demas.

VI.

277—FIN DE LA POSESION—Cesa la posesion provisional ó la definitiva en cualquier estado que aparezca

revocado el testamento que las motivó, ó que se manifieste otro nuevo testamento del ausente; y se conferirá entónces la herencia á los que resulten herederos testamentarios ó legales, segun los últimos documentos, sin que lo impida la posesion anterior (107 C.) Contenia idéntica disposicion, casi en los mismos términos, el artículo 108, y por esto quedó suprimido por el 14 del Dec. de Ref. núm. 272. En el caso de revocacion, revocada la que se presumía última voluntad del ausente, y no teniendo, por consiguiènte, valor, los bienes pertenecen á los sucesores legales; y en el caso de aparecer otro testamento, el nuevamente presentado debe considerarse como la última voluntad del ausente y como la ley que ha de regir en la distribucion de sus bienes, los cuales pertenecerán á los herederos en él instituidos.

278—Cesa tambien la posesion provisional ó definitiva, cuando hay noticia cierta de que el ausente vive. Desde entónces, como que ha dejado de existir la presuncion de muerte que le servia de fundamento, el heredero queda reducido á la clase de guardador y sujeto á todas las obligaciones de este (110 C.) Es preciso que, sin volver á tener noticia del ausente, pasen los términos respectivos desde que se tuvo la última, para que pueda volver á ser admisible otra solicitud de posesion.

279—Con mayor razon cesa, por último, la posesion provisional ó definitiva, cuando aparece el ausente, pues, teniéndose por revocada, debe el poseedor entregarle los bienes que son de su pertenencia. Cualquiera ficcion ó presuncion legal desaparece ante la realidad de las cosas, y por eso está declarado que el ausente, mientras vive, no obstante las presunciones que dén lugar á la posesion provisional ó definitiva, con-

serva la de sus bienes bajo el amparo de la ley (109 y 111 C.) En virtud de este principio, se halla prevenido que ninguno de los que se encarguen de la administracion ó custodia de los bienes del ausente, ó tomen de ellos posesion provisional ó definitiva, pueda, por razon de mejoras, ni por otra causa, retenerlos ni rehusar su entrega inmediata al ausente, ó á la persona que en forma legal lo represente. Así, no debe extrañarse que suponiendo la ley que el ausente que cumplió setenta años, ha muerto, por lo cual da la posesion definitiva, trate despues de suponerlo vivo, porque aunque los setenta años sean el mayor período ordinario, puede haber y hay casos excepcionales de vida mas larga; y era menester encargarse de ellos para que las disposiciones legales fuesen completas (111 C.) y comprendiesen todos los casos.

VII.

280—DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DE LOS POSEEDORES–Siempre que por cualquier motivo cesa la posesion provisional ó la definitiva por parte de los que la han tenido, es conforme á justicia que el que la deja, no esté obligado á entregar al que le sucede las rentas y frutos á que ha tenido derecho durante la posesion. Solo cuando se le probara que la obtuvo de mala fé, estaria obligado á esa devolucion. El trabajo de administracion queda compensado con los frutos percibidos, con la facultad que se ha tenido de disponer de los bienes y con la obligacion del ausente de tomarlos en el estado en que se encuentren.

281—Los poseedores definitivos, como antes queda

indicado, disponen libremente y sin restriccion de los bienes, enagenándolos por cualquier título. Esto se apoya en que la mision en posesion definitiva se confunde con la mision en posesion hereditaria, y en virtud de ella, los que la obtienen, adquieren el dominio de los bienes; en que la ley no restringe la enagenacion sino á los poseedores provisionales y no á los poseedores definitivos ; en que la prohibicion de enagenar los bienes despues de la posesion definitiva, equivaldria á vincularlos y á dar por destruida por la misma ley la presuncion en que la posesion definitiva se funda; y, por último, en que si así no fuera, no habria diferencia de importancia entre la posesion definitiva y la provisional.

282—En este concepto, y ya que la posesion definitiva se acaba si se presenta nuevo testamento del ausente, ó si, contra lo que se creyó, resulta que éste vive, ocurre la duda de lo que deba hacerse respecto de los bienes enagenados por el poseedor que cesa. Algunos, como Calderon, piensan que si la enagenacion ha sido á título gratuito como en la donacion termina ó se rescinde desde que vuelve el ausente ó se dá la posesion á otro; porque en ese caso no sufre daño el donatario; y que en consecuencia, sin poderse reclamar lcs frutos percibidos, como que lo fueron de buena fé, se puede reclamar la cosa del tercer poseedor. Si la enagenacion ha sido á título oneroso como en la venta ó permuta, el ausente tiene derecho de cobrar el precio á los poseedores definitivos ó de recuperar la cosa del tercer poseedor, pues cuando se vende lo ageno, el comprador en virtud del contrato no adquiere el dominio sino la posesion ó la mera tenencia que hubiese correspondido al vendedor. (1469 C.)

283—No encuentro aceptable esta distincion, porque el poseedor definitivo ha usado de un derecho legítimo enagenando, por cualquier título, los bienes; y en consecuencia, á menos que hubiera habido mala fé de su parte, si sabia que estaba vivo el ausente, y mala fé tambien de parte de aquel á quien por la enagenacion onerosa ó gratuita trasmitió la propiedad, no hay razon alguna para dar accion, en ningun otro caso, contra el tercer poseedor. La ley no da accion al dueño de los bienes sino contra el poseedor definitivo, y extenderla á los que trajeran de éste un derecho sancionado por la ley, seria destruir la seguridad de la propiedad y la firmeza y validez de los contratos, sobre todo cuando hay de por medio el hecho de la ausencia, dependiente de ordinario de la voluntad del que la ha tenido largo número de años. Pero si esto es así, no es menos justo que el ausente pueda cobrar del poseedor definitivo, el precio de los bienes enagenados, porque si existieran en su poder estaria obligado á devolverlos; y si se le eximiera del pago, nada le seria mas fácil que enagenarlos inmediatamente despues de obtenida la posesion definitiva, poniéndose asi á cubierto de toda restitucion. Mas esta accion será personal contra el poseedor definitivo, siendo muy racional la prescripcion del Código Francés, que es hoy la fraccion 1.ª del artículo 15 del Dec. de reformas núm. 272, que declara que si el ausente aparece, ó se prueba su existencia aun despues de la posesion definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que hayan sido vendidos y los bienes que provengan del empleo que se haya hecho del precio de ellos. El principio de equidad es que todo lo hecho de buena fé por el poseedor definitivo sea válido; pero que éste no se

enriquezca á costa de los que resulten verdaderos propietarios. Así, si al poseedor definitivo competia alguna accion que pudiera ejercitar para anular ó rescindir la enagenacion de alguno de los bienes, esa accion pasa al ausente ó á sus representantes. La cosa adquirida por el poseedor, en cambio de alguna del ausente, tambien pertenecerá á este último, é igualmente le pertenecerá lo comprado con el precio de las cosas vendidas, siempre que se acredite que con ese precio se hizo la adquisicion de ellas. Si la enagenacion fué por título lucrativo, como si en cambio de la cosa donada no recibió otra alguna el poseedor definitivo, deberá atenderse á las circunstancias para establecer, segun ellas, si el poseedor, de todos modos, habria hecho la donacion de sus bienes propios; siempre que esto suceda tendrá que restituir su valor, pues se enriqueció en tanto en cuanto ahorró de su capital para la donacion. La regla mas segura para resolver en justicia las dudas sobre el particular, es que el poseedor no se enriquezca en perjuicio del ausente; pero qne tampoco resulte que la posesion definitiva le ceda en perjuicio, y se convierta para él en un lazo y que, por medio de la restitucion que haya de hacer, lo deje mas pobre de lo que era sin esa posesion.

284—Respecto de los demás contratos que haya celebrado el poseedor, como arrendamientos ó hipotecas, el ausente ó sus representantes tienen que pasar por ellos; pero en la sociedad formada, parece natural que no se le pueda obligar á continuar ni obligar tampoco á los otros sócios.

285—Ya que, como se ha dicho, el poseedor definitivo tiene la libre disposicion de los bienes, puede cambiar su estado y su forma (fr. 1.ª art. 15 cit.); y podrá

suceder que si aparecen el ausente ó sus representantes, encuentren en los bienes deterioros ó mejoras. Si los bienes estan deteriorados pero no se prueba mala fé de parte del poseedor, su obligacion se limita á entregarlos en el estado en que se encuentren, salvo la parte en que realmente se haya enriquecido con el deterioro. Si ha mejorado los bienes haciendo en ellos expensas necesarias ó útiles, mientras no se le pruebe lo contrario, debe ser reputado siempre poseedor de buena fé y gozar, en consecuencia, de la accion correspondiente para que se le pague el valor de las mejoras.

286—Si es el ausente mismo el que ocurre á reclamar la restitucion de sus bienes, no podrá oponersele la prescripcion, sea cual fuere el tiempo trascurrido; porque el ausente, mientras vive, conserva la posesion de sus bienes bajo el amparo de la ley, y no puede prescribir la cosa poseida, aquel que la poseia en nombre suyo ni suceder en los bienes de un hombre vivo (635 C.) Mas si no es el mismo ausente sino que son herederos testamentarios ó legales, con mejor derecho que los poseedores definitivos, no hay razon para que, contra ellos, no corran los mismos términos ordinarios de la prescripcion comun para el ejercicio de la accion hereditaria (fr. 2.ª artículo 15 Dec. de reformas núm. 272.) El tiempo de la prescripcion deberá correr desde la fecha que se compruebe ser la de la muerte efectiva del ausente, porque mientras éste vivia, los poseedores carecian de título para adquirir por prescripcion; pero si ellos han entrado en posesion con posterioridad á la fecha de la muerte verdadera, solo principian á prescribir desde que comienzan á poseer.

287—Debe tenerse presente que, si despues de dada

la posesion definitiva, se comprueba la fecha verdadera en que ocurrió la muerte del ausente, bien sea anterior ó posterior á la de la posesion definitiva, ella es la que sirve para que se entienda abierta la sucesion y sean llamados á ésta los que, conforme al último testamento, ó como herederos legales, lo fuesen en el dia en que ocurrió la muerte, pudiendo reclamar los bienes si por la posesion definitiva se hubiera dado á otros. Se da, por ejemplo, la posesion definitiva de los bienes de un individuo, el 1.° de Enero de 1880, y se da la posesion definitiva como herederos *abintestato*, á sus colaterales, á falta de otros. Si resulta que despues se comprueba que tal individuo murió efectivamente antes ó despues de esa fecha, podrán reclamar los bienes los que en la fecha de la muerte eran legítimos herederos por testamento ó *abintestato*, pues desapareciendo la ficcion ante la realidad, debe tenerse por abierta la sucesion y conferidos los derechos cuando efectivamente ocurrió la muerte que da lugar á ellos.

VIII.

288—ASUNTOS JUDICIALES. Aunque las disposiciones relativas á la ausencia, en lo que toca á la representacion del ausente en lo judicial, son mas propias de los procedimientos, se hará una ligera reseña de ellas, ya que en la parte de que se va tratando, algo contiene el Código en órden á esa materia. Tienen obligacion de defender los derechos del ausente, haciéndolos valer en juicio ó respondiendo á una demanda, su apoderado; y no teniéndolo, su cónyuge, sus

hijos mayores, su tutor si es menor, ó el guardador nombrado; y en falta de ellos, el defensor que se le nombre por el Juez (11 del Dec. de Ref. núm. 272.)

289—Cesa el cargo de defensor desde que termine el asunto para que fué nombrado, ó desde que por hacerse necesario, se provea de guardador al ausente, pues á él compete entónces la representacion. Cesa con mayor razon, si se da posesion provisional ó definitiva, ó si el ausente regresa y nombra apoderado (95 C.)

290—Cualesquiera pagos ó entregas que se hagan al actor por resultado del juicio contra un ausente que no fué citado en persona, ó que no dió instrucciones, serán bajo de fianza de resultas. Estas fianzas se tendrán por canceladas á los cuatro años, si antes no lo fueron con intervencion del ausente, ó de su apoderado especial, ó de sus herederos (128 C. pr.)

291—Termina la jurisdiccion de los árbitros por ausencia que exceda de tres meses (2.ª 51 C. pr.)

292—Se puede exigir que un litigante nombre procurador si se halla en lugar distinto de aquel en que se sigue el juicio ó trata de ausentarse despues de comenzado el pleito (1.° y 2.° 142 C. pr.)

293—Cuando se teme fundadamente la ausencia de alguna persona, se pueden pedir posiciones antes de contestada la demanda (3.° 232 C. pr.)

294—Puede dictarse providencia precautoria cuando hubiere temor de que se ausente la persona contra quien deba entablarse ó se haya entablado una demanda (1.° 270 C. pr.)

295—Uno de los casos en que tiene lugar la informacion ad perpetuam es si, no pudiendose deducir desde luego una accion, los testigos están próxi-

mos á ausentarse á un lugar para el cual sean tardías ó difíciles las comunicaciones (2. ° 381 C. pr.)

296—Cuando el ausente hubiese otorgado una escritura simple de obligacion y se pida su reconocimiento judicial, si él no lo hubiere hecho, deben hacerlo los testigos que la suscribieron (2. ° 695 C. pr.) Puede tambien hacerse el reconocimiento por la persona que firme á nombre del ausente; pero la escritura reconocida así, no hace plena prueba (725 C. pr.)

297—En los juicios de concurso, el acreedor que se ausentare despues de haber presentado sus documentos, será siempre considerado en el prorateo ó en la sentencia. El acreedor que no comparezca, ó que deje de concurrir á las juntas por sí ó apoderado, quedará sujeto á lo que en ellos se disponga, ó á lo que resuelva el Juez en su caso (1441, 1442 C. pr.)

PARRAFO CUARTO.

PERSONAS INDEPENDIENTES Y PERSONAS SUJETAS Á OTRAS.

298—Segun el estado civil, las personas pueden clasificarse tambien por la condicion de dependencia ó independencia en que se encuentran para el ejercicio de sus derechos. Son dependientes de otro, en cuanto á ese ejercicio, las mugeres casadas, y de los efectos de esa dependencia se trata al hablar del matrimonio;

y lo son tambien los menores é incapaces, dependencia sujeta á lo que se expresará oportunamente en la materia de tutela.

TITULO TERCERO.

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

299—Ya se ha dicho que las personas pueden ser *naturales* ó *jurídicas*, y que pertenecen á esta última clase, *las asociaciones* ó *corporaciones temporales ó perpetuas, establecidas con algun fin, ó por algun motivo de utilidad pública* (44 C.) Jurídicas se llaman estas personas, en oposicion á los individuos, para manifestar que no existen en calidad de personas, sino para un fin jurídico; y son, no una personalidad natural sino ficticia que debe su existencia solamente á la ley, pero que es capaz de ejercer todos los derechos civiles relativos á los intereses legítimos de su institucion (46 C.), de contraer obligaciones, de ser representada judicial y extrajudicialmente. Así, es una persona jurídica la Municipalidad, son las casas de Beneficencia &.

300—La personalidad jurídica, á diferencia de la natural, no existe sino en virtud de la autorizacion suprema, así es que ninguna asociacion ó corporacion tiene esa entidad si no ha sido creada ó autorizada por la ley (45 C.) Es indispensable esa intervencion de

la autoridad pública, porque la política requiere que el Estado intervenga en la creacion de esas entidades ficticias, ya que pueden ser peligrosas ó inútiles en su introduccion ó extension, y porque la naturaleza misma del derecho lo exige, pues así como los individuos fijan el principio de su existencia por el nacimiento, las personas jurídicas deben tener nacimiento legal para fijar el tiempo desde el que comienza su personalidad que les da capacidad jurídica; lo cual debe hacerse por la autoridad y no por la voluntad individual, para evitar así la incertidumbre en el derecho y con ella, gran número de abusos (La Serna y Montalban.) Así es que, aun respecto de sociedades anónimas de interés privado, se exige generalmente la intervencion y aprobacion del Gobierno (303 C. Com.): asi es tambien que el artículo 25 de la Constitucion, garantizando el derecho de asociacion, prohibe sin embargo, el establecimiento de congregaciones conventuales y de toda especie de instituciones ó asociaciones monásticas.

301—Las corporaciones tienen sus estatutos ú ordenanzas, y como éstos son las reglas por las que se rigen sus miembros, y por otra parte pudieran causar daño á terceros, ó ser perjudiciales al público y contrarios á la moral ó á las leyes, deben ser préviamente sometidos á la aprobacion del Gobierno. Es esencial al carácter de una corporacion que su derecho descanse, nó sobre cada uno de sus individuos tomados particularmente, ni aun sobre todos ellos reunidos, sino sobre la persona moral (Pothier) En esto se distingue el derecho de una corporacion, de un derecho en que solo hay comunion porque pertenece á varios individuos. En consecuencia, lo que pertenece á una cor-

poracion, no pertenece, en todo ni en parte, á ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporacion, no dan á nadie derecho para demandarlas, en todo ó en parte, á ninguno de los individuos que la componen, ni hacerlas efectivas sobre los bienes propios de ellos, sino solamente sobre los de la corporacion. Este es un principio universalmente reconocido y consignado terminantemente en algunos Códigos como en el Civil de Chile, (artículo 549.) Eso no obsta á que, si alguno ó todos los individuos de la Corporacion, quieren obligarse y se han obligado personalmente por deudas de ella, se esté á lo que se hayan comprometido.

302—Las personas jurídicas ejercen sus derechos y contraen y cumplen sus obligaciones por medio de sus representantes, que son las personas á quienes la ley, las ordenanzas ó estatutos respectivos, ó en su defecto, un acuerdo de la Corporacion, confieren este carácter. Así, los Síndicos tienen la representacion judicial de su Municipalidad. Los actos de los representantes obligan á la Corporacion en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se les ha confiado; en lo que excedan, son de su responsabilidad personal. Esta doctrina tiene tambien en algunos Códigos el carácter de ley.

303—En general, las obligaciones nacidas de contrato, cuasi contrato ó cuasi delito, tienen para las personas jurídicas, los mismos efectos que para las naturales. Aquellas, lo mismo que estas, pueden ejercer tambien las acciones que resulten de un delito cometido en su perjuicio; pero en su carácter de corporacion, no son capaces de delito ni pueden sujetarse á pena. Si sus miembros ó representantes delinquen

en el ejercicio de sus funciones, de cada uno de ellos personalmente, es la responsabilidad criminal. (Chacon)

304—Las Corporaciones pueden adquirir y poseer bienes en los términos que lo permita la ley que las crea, ó autoriza su establecimiento. La ley puede restringir ese derecho porque las Corporaciones difieren esencialmente de los individuos en cuanto al orígen de sus derechos: los individuos existen independientemente de la ley: tienen derechos que proceden de su propia naturaleza y facultades; que la ley no crea sino que reconoce y protege, sin poderlos destruir. Las Corporaciones, por el contrario, traen su existencia directamente de la ley: no tienen mas derechos que los que ella les otorga: la autoridad que las crea puede suprimirlas; y la ley, así como puede negarles la facultad de adquirir ciertos bienes, ó de adquirirlos por determinado título, puede tambien limitar su capacidad de poseerlos. (Id.)

305—Los bienes que pertenecen colectivamente á una Ciudad, á un Pueblo ó á una Corporacion legalmente reconocida, se llaman *cosas de comunidad.* (510 C.)

306—Los pueblos, las corporaciones y el fisco, toman posesion por medio de las personas que los representan. (6. 528 C.)

307—El Estado así como los ayuntamientos y todos los demas establecimientos públicos, se consideran como particulares para la prescripcion de sus bienes, derechos y acciones (642 C.)

308—Las donaciones á favor de los hospitales, de las casas de huérfanos, de los establecimientos de instruccion, de los pobres de algun pueblo, ó de obras públicas, se aceptan por los administradores,

síndicos ó personas debidamente autorizadas (719 C.)

309—Por los establecimientos y demas institucio-ciones que tengan capacidad de heredar, aceptan la herencia, con beneficio de inventario, sus respectivos administradores ó sus personeros suficientemen te autorizados (849 C.)

310—Son nulas las donaciones de inmuebles á favor de manos muertas (743 C.) Estas, tampoco tienen capacidad de heredar (1. ° 811 C.)

311—Cuando una servidumbre está constituida á favor de un Municipio ó poblacion, el convenio que haga el dueño para eximirse de ella, no surtirá efecto alguno respecto de toda la poblacion, si no se ha celebrado interviniendo el síndico del Ayuntamiento; pero sí producirá accion contra cada uno de los particulares que hayan renunciado á la servidumbre; y si ésta es de uso público, el convenio es nulo en todo caso (1. ° y 2. ° 1308 C.)

312—Las corporaciones civiles que no puedan adquirir ó administrar bienes raices, tampoco pueden tener usufructo constituido sobre bienes de esta clase (1316 C.) El usufructo constituido á favor de corporaciones ó sociedades que puedan adquirir y administrar bienes raices, solo dura diez años, cesando en el caso de que, ántes de ese término, se disuelvan dichas sociedades ó corporaciones (1374 C.)

313—Los administradores de establecimientos públicos, sean de beneficencia, de instruccion ó de otro ramo, no pueden vender los bienes que manejan sino en pública subasta y con licencia del Gobierno (1527 C.)

314—Los administradores de rentas nacionales solo pueden transigir sugetándose á las leyes de Hacien-

da (1841 C.) y para la transaccion que, por utilidad manifiesta de los establecimientos de beneficencia y de instruccion pública, deba hacerse sobre sus bienes y rentas, se requiere, así como para su enagenacion, la licencia del Gobierno (1842 C.)

315—Los administradores no pueden recibir á mútuo sino con las formalidades prescritas para transigir (1906 C.)

316—Las causas pertenecientes á la Hacienda nacional y las de beneficencia y establecimientos públicos, no pueden someterse á juicio de árbitros (2.° y 3.° 37 C. pr.)

317—Por las Corporaciones comparecen en juicio las personas que las presiden, ó sus procuradores, síndicos ó personeros (2.° 101 C. Pr.) En la primera y en las demas instancias, defienden la hacienda pública y los establecimientos de beneficencia los agentes fiscales (29 Dec. núm. 273.)

318—Los que defienden intereses fiscales no pueden desistir del juicio en lo absoluto (441 C. pr.)

319—Cuando una obra nueva perjudica al comun, produce accion popular que puede ejercitarse ante los tribunales ordinarios ó ante la autoridad municipal, para que esta dicte una providencia gubernativa (1184 C. pr.)

320—Cuando se trate de enagenar ú obligar bienes de alguna Corporacion ó personalidad jurídica, se necesita intervencion judicial, licencia del Gobierno, y aprobacion de éste del remate, prévia á la del Juez, conforme á las prescripciones de los artículos 1711 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

321—En particular, respecto de Municipalidades, la Constitucion establece: que la ley organiza las

Municipalidades sin alterar el principio de eleccion popular directa, y designa las facultades que les corresponden (96): que las Municipalidades podrán establecer con la aprobacion del Gobierno, los arbitrios que juzguen necesarios para atender al objeto de su institucion (97) y que el Gobierno, cuando lo creyere conveniente, ó á solicitud de las mismas Municipalidades, puede reformar las ordenanzas de cada pueblo, y darlas á los que no las tuvieren (98)

322—La ley de Municipalidades decretada en 30 de Setiembre de 1879 establece que los Síndicos representarán á la Corporacion en todos los asuntos en que sea parte (58.) En la administracion y manejo de los bienes, los gastos que tienen á su cargo se dividen en *ordinarios* y *extraordinarios*. Los primeros son los determinados por la ley, ó por acuerdos especiales del Gobierno; los segundos, los que ocurren eventualmente (85.) Los gastos ordinarios no pueden cubrirse, sin la órden de pago del Presidente de la Municipalidad y el Visto Bueno de la Comision respectiva (86.) Los gastos extraordinarios necesitan acuerdo de la Municipalidad, prévia comprobacion de su necesidad (87.) Los gastos extraordinarios que sean necesarios á juicio de las Municipalidades, pueden acordarse por éstas, consultándolos al Gobierno por conducto del Jefe Político, las de las Cabeceras de Departamento cuando excedan de $500; y las de los demás pueblos, á los Jefes Políticos, si pasaren de 50 (88.) Todo gasto que se haga de los fondos municipales, debe redundar en utilidad positiva del Municipio; y si así no fuere, serán personalmente responsables los que lo hubieren acordado (89.) Los individuos de las Municipalidades son

solidariamente responsables de los acuerdos que con su voto se dictaren; y esa responsabilidad puede deducirse por los Síndicos ante los Tribunales ordinarios, prévio acuerdo expreso de la Corporacion (artículo 114.)

323—La existencia legal de una Corporacion termina por su disolucion: la autoridad que legitimó su principio, puede tambien abolirla, y esto, apesar de la voluntad de sus miembros, si llega á comprometer, ó ser perjudicial á la seguridad ó intereses del Estado, ó no corresponde á los objetos de su institucion (Chacon.) No puede disolverse por sí misma sin intervencion y aprobacion de la autoridad que le dió personalidad jurídica, porque su existencia no depende de la voluntad de sus miembros. Tampoco se disuelve por la muerte de alguno ó algunos de sus miembros, por lo mismo que su derecho reside en la entidad moral que debe ser reintegrada ó renovada por la autoridad y en la forma correspondiente. Al disolverse una Corporacion, se dispone de sus bienes en la forma que prevengan sus estatutos aprobados por el Gobierno, y si nada se hubiere consignado allí, las propiedades pertenecen al Estado.

324—Diferentes de las personas jurídicas de que se ha tratado y están establecidas con algun fin ó por algun motivo de utilidad pública, son las asociaciones de intereses particulares. Estas se rigen por las reglas del contrato de sociedad, y lo mismo que sucede en toda sociedad, ésta forma una personalidad jurídica distinta de los sócios individualmente considerados (47 y 1825 C.)

TITULO CUARTO.

DE LOS ESPONSALES.

325—Despues de constituida la persona, el Código se ocupa de los derechos y obligaciones de que ella es capaz en las diferentes situaciones de su vida. Por esto se trata primero del matrimonio, ó sea del orígen de la familia, y despues, de las diferentes relaciones legales que nacen entre los esposos y entre ellos y los hijos. Antes de hablar del matrimonio, va á tratarse ligeramente de la promesa de contraerlo, ó sea de los esponsales, que aunque hoy no tienen valor legal, lo tuvieron de derecho entre nosotros, por las antiguas leyes españolas.

326—Segun el derecho canónico y español, la promesa de futuro matrimonio mutuamente aceptada, y con las solemnidades legales, producia dos efectos: 1. ° la obligacion de contraer matrimonio, salvo causa grave y 2. ° una especie de parentesco de afinidad entre un nóvio y los parientes del otro. El Código nuestro, aceptando la consideracion de las funestas consecuencias que acarrean, en los paises en que esa institucion está en las costumbres, esponsales impremeditados, la facilidad con que pueden contraerse inconsideradamente en la juventud, y los perjuicios que podrian causar á la moral y á la libertad del matrimonio, les ha quitado el carácter de hecho legal, y ha abolido el

apremio para llevar á efecto el matrimonio, y hasta la accion para demandar indemnizacion de perjuicios, accion que ántes, una vez contraidos, procedia cuando no se cumplia la promesa. Declarándolo un hecho del todo privado, que no produce obligacion alguna ante la ley civil, deja exclusivamente sometido su cumplimiento, como el de cualquiera obligacion natural, al honor y conciencia del individuo (114 y 115 C.)

327—Muchas veces en esta estipulacion, lo mismo que en las estipulaciones comunes, se fijaba en garantía de la obligacion, una multa que debia pagar, á favor del otro, aquel por cuya culpa no se cumpliera lo prometido. La ley, queriendo quitar todo lo que, bajo cualquier concepto, comprometa con penas ó restricciones la libertad del individuo, y atendiendo á que demandas de esta naturaleza, harian necesaria, casi siempre, una investigacion de la conducta privada de los esposos, y la admision de la prueba testimonial, de graves inconvenientes en la práctica, niega tambien la accion civil para reclamar la multa estipulada (116 C.); pero no por esto prohibe el pacto esponsalicio: solo le niega accion legal dejándolo subsistente como obligacion natural. De aquí es que si ya se hubiere pagado la multa en virtud de lo convenido, no puede pedirse su devolucion (fr. 2.ª 116 C.), lo cual es conforme al principio general de que no se puede recobrar como indebidamente pagado lo que aunque no se hubiera podido exigir con arreglo á las leyes, se hubiese satisfecho segun la equidad (2264 C.)

328—Otra cosa debe decirse acerca de la restitucion de las cosas donadas y entregadas bajo la con-

dicion de un matrimonio que no se ha efectuado: puede demandarse (117 C.) porque ha faltado la causa que motivó esas donaciones, y desde entónces ya no pueden sostenerse.

329—El único efecto legal que, segun el Código, producia el pacto de esponsales y para el cual se admitia su prueba, era el de constituir una circunstancia agravante en los delitos contra la honestidad (118 C.); pero como esta circunstancia no se expresa en el artículo 8.° del Código Penal que enumera las de esa clase, ni en el Tit. 8.°, Lib. 2.° del mismo Código que se ocupa de los delitos contra la honestidad, quedó aquella disposicion suprimida en la reforma (16 Dec. núm. 272.) Debe tenerse presente que si el estupro es cometido en una muger mayor de 12 y menor de 21 años, solo es justiciable segun el art. 289 del Código Penal, cuando interviene engaño, y como tal puede tenerse la promesa de matrimonio.

TITULO QUINTO.

DEL MATRIMONIO.

PARRAFO I.

330—El matrimonio puede considerarse bajo diferentes aspectos, segun las diferentes relaciones que tiene, con la naturaleza, con la ley civil ó con la re-

ligion. La ley no lo considera sino como un contrato civil, sin perjuicio de que, independientemente de ella, los que lo celebran puedan solemnizarlo con las ritualidades del culto religioso á que pertenezcan. Lo considera solo bajo ese aspecto, es decir, como fuente de derechos y obligaciones civiles y de modificaciones del estado de las personas, porque dada la diversidad que puede haber de creencias religiosas, éstas no deben influir en la formalidad y efectos de un contrato, cuyos elementos suministra la naturaleza y que la ley sanciona y garantiza, por la relacion inmediata que tiene con los fines mas importantes de la sociedad. Conforme al Código, el matrimonio es *un contrato solemne por el cual un hombre y una muger se unen indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mútuamente* (119 C.) Esta definicion pone como esencia del matrimonio el contrato revestido de la solemnidad legal: como caracteres de él la unidad y la indisolubilidad ó perpetuidad; y como objeto del mismo, la vida comun, la procreacion y el mútuo auxilio de los cónyuges.

331—El matrimonio es un contrato, porque lo constituye el consentimiento de los que lo celebran; pero aunque esencialmente consensual, no puede confundirse con ninguno de los otros contratos, porque éstos se refieren especialmente á los bienes, miéntras que el matrimonio se refiere primeramente á la persona; y asi, por su naturaleza, por su importancia y por su afinidad íntima con el órden social, se sujeta á prescripciones determinadas, y debe verificarse y constar de una manera solemne su celebracion.

332—La ley establece como caracteres del matri-

monio, la unidad y la indisolubilidad. La unidad significa que se contraiga por un solo hombre con solo una muger, porque la pluralidad de maridos ó de mugeres, ó seria incompatible con la procreacion, ó por lo menos, con la tranquilidad y el órden de la familia; y establece la perpetuidad ó indisolubilidad, lo cual significa que el vínculo que se produce no acaba sino con la muerte de uno de los esposos.

PARRAFO II.

CONDICIONES DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

I.

333—El matrimonio es contrato consensual solemne, celebrado por personas que pueden contraerlo legalmente. *Consensual* porque necesita imprescindiblemente del consentimiento: *solemne* porque requiere formalidades indispensables para la expresion del consentimiento y para su celebracion; y *entre personas legalmente capaces*, porque no todas pueden contraerlo. De alguna de estas tres circunstancias, se derivan las condiciones esenciales para la celebracion del matrimonio, habiendo además otras condiciones que no son esenciales por referirse á prescripciones legales que no tienen la sancion de nulidad del matrimonio. Este puede celebrarse en la República ó fuera de ella, entre nacionales ó extranjeros; y asi el

órden natural pide que se trate: 1. ° de las condiciones esenciales al matrimonio por razon de la capacidad de las personas: 2. ° de las que no son esenciales aunque sí están ordenadas por la ley con alguna sancion; 3. ° de las esenciales relativas al consentimiento y á la solemnidad de la forma; y 4. ° del matrimonio contraido fuera del pais ó entre extranjeros.

II.

334—Hay personas que no pueden contraer matrimonio: la ley no lo autoriza ni permite: se opone á que se contraiga, y si contra su prescripcion se contrae, lo declara nulo. Los motivos que determinan esta incapacidad, se llaman generalmente *impedimentos dirimentes*, que pueden ser *absolutos ó relativos*, segun que la persona que los tiene, con ninguno pueda contraer matrimonio, ó que solamente no pueda contraerlo con determinadas personas.

335—1. ° Bajo pena de nulidad no pueden contraer matrimonio por razon de *edad*:

Los hombres menores de 14 años y las mugeres menores de 12 (120 C.) Se ha fijado esta edad para poder contraer matrimonio, porque esa es entre nosotros la de la pubertad, en que se adquiere ya el desarrollo necesario para la generacion. Contraido ántes, en edad prematura y anticipada al desarrollo físico é intelectual qne es indispensable, produciria efectos desastrosos en uno ú otro órden, por violentar estérilmente la naturaleza, ó porque se carece todavia del juicio bastante para apreciar la

gravedad y consecuencia de las obligaciones que impone ese contrato. Naturales como son los elementos de éste, la ley ha exigido la edad que la naturaleza exige, sin requerir la mayoria, que es la de la plena capacidad civil, porque ya en la edad de la pubertad no puede decirse que falte el discernimiento absolutamente necesario para apreciar los deberes que el matrimonio impone; porque con esa edad coincide el desarrollo de las pasiones que acercan á los individuos de sexo diferente, creando en ellos vínculos que si no se sancionaran por la ley, influirian frecuentemente en la corrupcion de las costumbres; y en fin, porque la amplitud que dá esta disposicion legal, encuentra su natural correctivo en las costumbres, en el sistema de educacion y en la necesidad que tienen los jóvenes de obtener el consentimiento de sus padres ó de otras personas. (*La Serna y Montalban.*)

336—Al establecer la ley esta incapacidad para el matrimonio, se funda en la presuncion que de la observacion y la experiencia resulta de que, ántes de los catorce años los varones, y de doce las mugeres, no tienen la necesaria aptitud para la procreacion. Esta presuncion no admite prueba en contrario, porque la ley no reconoce caso de excepcion: así es que no podria autorizarse el matrimonio del que siendo menor de edad, fuera ya excepcionalmente hábil para la generacion. Lo contrario supondria una indagacion que además de ser contraria al pudor, seria en la mayor parte de los casos, de éxito sumamente dudoso, por lo ménos. Los que ántes de la pubertad contraen matrimonio, además de la nulidad, incurren en multa de quinientos pesos á un mil (316 C. Pen.) La disposicion del Código Civil quedó adicionada

por el art. 17 del Dec. de Ref. núm. 272; y en consecuencia la nulidad no puede ser reclamada si hay ratificacion.. En este caso que está de acuerdo con lo que se prescribe en varios Códigos modernos, se tiene por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaracion expresa, el matrimonio contraido por impúberes, si un dia despues de llegar á la pubertad legal, hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la muger hubiere concebido antes de la pubertad legal, ó de haberse entablado la reclamacion. La razon es que continuando en la vida matrimonial cuando ya son capaces, subsanan el consentimiento que ántes no tuvo valòr; y cuando la impúber resulta embarazada, hay contra la presuncion de imcapacidad una realidad ante la que aquella debe ceder.

337—2. ° —No pueden contraer matrimonio por razon de *parentesco* natural ó civil: Los que son parientes consanguineos en linea recta de ascendientes ó descendientes, sin limitacion alguna, ni distincion de legítimos ó ilegítimos (120 C.)

Los afines en la misma línea de ascendientes y descendientes (120 C.)

El adoptante con la hija adoptiva, ni el hijo adoptivo con la madre adoptante ó la que fué muger del padre adoptante. (5. ° 120 C.)

338—El parentesco es *el vínculo que une á las personas ya porque descienden de un tronco comun, ya por razon de matrimonio ó de adopcion.* El primero se llama de *consanguinidad*, porque los parientes están unidos por la misma sangre: el segundo de *afinidad*, y en virtud de él, un cónyuge es pariente por afinidad, de los consanguíneos del otro, en el mismo grado en que éste lo es por consanguinidad: el úl-

timo es el *civil* que se produce por la institucion puramente civil de la adopcion.

339—Prohibido el matrimonio en linea recta de ascendientes sin limitacion ni distincion, la hija no puede casarse con el padre, ni con el abuelo, ni con el bisabuelo, ni con ningun otro de sus ascendientes que se supusiera vivo, por muchas que fuesen las generaciones que mediaran. La naturaleza misma repugna y rechaza esas uniones entre padres é hijos, incompatibles con los deberes recíprocos que ella impone y con el respeto y veneracion filial, y ocasionadas á producir la confusion de las generaciones y el trastorno de las familias.

340—Limitada la prohibicion á la línea recta, el tio puede casarse con la sobrina y el sobrino con la tia.

341—Por razones análogas se ha establecido el impedimento entre los afines en la linea de ascendientes y descendientes; y en virtud de ella, ni el suegro ni el padre ó abuelo de éste, podrán contraer matrimonio con la nuera. Respecto de la afinidad en esta linea de descendientes y ascendientes, hay que decir que, por mediar el mismo motivo, debe entenderse que, lo mismo que en la consanguinidad, el impedimento es sin limitacion ni distincion de legítimos ó ilegítimos.

342—No admite tampoco la ley el matrimonio entre hermanos ó medio hermanos legítimos ó ilegítimos, y como podrá fácilmente observarse, se ha reducido la prohibicion en la línea colateral hasta donde podia reducirse. Los hermanos estan llamados á vivir bajo el mismo techo y en la mas íntima familiaridad; y la necesidad de conservar entre ellos afecciones inocentes, el peligro de inmoralidad si tuvieran esperanza de poder contraer matrimonio, el temor fundado de

discordias en las familias, el interés social de que una familia no se concentre en sí misma, sino que se una y relacione con otras por medio de los matrimonios de sus individuos; y hasta las observaciones de la ciencia respecto á la debilidad y enfermedades del cuerpo y de la inteligencia en los hijos que son fruto de uniones entre parientes inmediatos, hacen indispensable el impedimento de que se ha hecho mencion. Fuera de los hermanos, no hay prohibicion para el matrimonio entre los otros colaterales consanguineos, de suerte que los primos hermanos, hijos de dos hermanos, no tienen prohibicion para contraer matrimonio entre sí.

343—El adoptante y la adoptada no pueden contraer matrimonio, por que tambien seria orígen de profunda inmoralidad y corrupcion en el seno de la familia que los que ocupan el lugar de padres é hijos, aunque sea en el órden puramente civil, pudieran alimentar esperanzas de casarse, disuelto el matrimonio del adoptante. El impedimento debe entenderse que es tambien entre la hija adoptiva y el que fué marido de la madre adoptante; pero nó entre los hijos adoptivos entre sí, ni entre estos y los hijos naturales del adoptante.

344—El matrimonio contraido entre ascendientes y descendientes, consanguineos ó afines, ó entre hermanos, ademas de ser nulo, sujeta á los contrayentes á la pena de reclusion en sus grados minimo á medio, y el celebrado entre los que tienen impedimento por razon de adopcion, á una multa de quinientos á mil pesos. (316 C. Pen.)

345—3.° Por razon de la *unidad* ó *indisolubilidad* y perpetuidad del matrimonio, tiene impedimento:

El casado, miéntras vive su cónyuge (120 C.). Lo contrario seria permitir la pluralidad de maridos ó de mugeres, lo cual rechazan el interés público, el órden de las familias y la moral de la sociedad. Las deplorables consecuencias que en el órden doméstico producen frecuentemente las segundas nupcias, dan una idea de las que, en mayor escala, se seguirian de autorizar varios matrimonios simultáneos. Aunque el matrimonio primero sea nulo, el impedimento existe miéntras aquella nulidad no esté declarada, y ni la ausencia ni ninguna otra causa, fuera de la muerte debidamente comprobada de uno de los cónyuges, autorizan hoy al otro para contraer nuevo enlace. El casado que durante la vida de su cónyuge celebra otro matrimonio, incurre además en la pena de reclusion en sus grados mínimo á medio. (316 C. Pen.)

346–4.° Por razones de *moralidad*, la persona que dió muerte á uno de los cónyuges, ó fué cómplice en su homicidio, no puede casarse con el cónyuge sobreviviente (7.° 120 C.); y si lo hiciere, además de la nulidad, debe sufrir reclusion en sus grados mínimo á médio (316 C. Pen.) Uno de los principales objetos de esta prohibicion es quitar la esperanza de un enlace que pudiera servir de aliciente para la muerte de uno de los cónyuges; y para que proceda, no es necesario que se justifique conocimiento ó participacion del otro cónyuge en el delito, ni adulterio anterior. La ley supone que uno de los cónyuges no puede consentir en casarse con el que dió muerte al otro; y en caso de prestarse ese consentimiento, hay presuncion muy fundada de estar relacionada la muerte con el proyecto de segundo matrimonio.

347—5.° Por razon de *falta de aptitud física* para

el matrimonio, no puede contraerlo el impotente (art. 18 Dec. de Ref. núm. 272.) La impotencia es la ineptitud del varon ó de la mujer para la union carnal con individuos del otro sexo, ó sea para la cohabitacion. No es lo mismo, pues, que la esterilidad, porque ésta solo obsta á la generacion, pero pudiendo sin embargo consumarse la union de los esposos porque los medios externos están expeditos, miéntras que en la impotencia, la union, por algun defecto de los médios naturales para la cohabitacion, no puede llevarse á cabo. Así, la esterilidad no está considerada como motivo de nulidad, ni generalmente hablando, puede decirse que haya nada que indique su perpetuidad. Para que la impotencia física, absoluta ó relativa, anule el matrimonio, se necesita que sea anterior á la celebracion del matrimonio, y que se adolezca de ella de una manera manifiesta, perpétua é incurable. (art. cit.)

348.—La impotencia se llama *natural* cuando procede de un defecto de la misma naturaleza, y *casual* ó *accidental* cuando ha provenido de algun otro accidente. Es *absoluta* cuando la inhabilidad del que la padece, es para unirse con cualquiera individuo del otro sexo; y es *relativa*, cuando solo obsta para la cohabitacion con personas determinadas. Es *perpétua* cuando no puede cesar nunca, y *temporal* cuando puede desaparecer.

349—La nulidad del matrimonio por razon de impotencia se funda en que aparece manifiestamente que no puede realizarse uno de sus objetos principales que es la procreacion: en que, no pudiéndose del modo autorizado por la ley, satisfacer una necesidad de la naturaleza, se condenaria al otro cónyuge

á una continencia forzada, ó á tener que buscar uniones ilegítimas, y acaso á prostituirse; y en que la ley no debe sancionar la union de los que por la naturaleza no se pueden unir. Por esto, la impotencia, para que sea impedimento dirimente del matrimonio, no debe ser temporal sino perpétua, siendo en este último caso, indiferente que sea natural ó accidental; que sea absoluta ó solamente relativa á la persona con quien se contrajo, ó se va á contraer el matrimonio.

350—Segun la ley, la impotencia debe ser anterior al matrimonio para ser causa de nulidad de éste, de modo que siendo posterior ó sobreviniente, se tiene como una desgracia que ámbos cónyuges deben soportar. Mas si bien es cierto que produciria inconvenientes establecer como regla absoluta que la impotencia superviniente anula siempre el matrimonio y los efectos legalmente producidos en época en que los cónyuges tenian la aptitud indispensable; no deja de ser muy duro tambien, que el matrimonio tenga que subsistir cuando la impotencia viene poco tiempo despues de celebrado el matrimonio, y especialmente cuando los cónyuges son jóvenes todavia. La impotencia ha de ser *manifiesta*, y eso para evitar prácticas de reconocimientos vergonzosos y ordinariamente ineficaces; y *perpétua é incurable*, para evitar la declaracion de nulidad cuando el motivo puede desaparecer con solo el trascurso de cierto tiempo y con los auxilios de la ciencia. El impotente que conociendo su ineptitud, contrae matrimonio, debe ser condenado á una multa de quinientos á mil pesos. (316 C. Pen.)

351—6. ° Por razon de falta de discernimiento, el

loco y las demás personas que tienen incapacidad mental, no pueden, tampoco, contraer matrimonio. (120 C.) Es indispensable para éste el pleno ejercicio de la razon, porque sin él no puede conocerse que haya consentimiento válido para el matrimonio que es un contrato, y contrato que impone muchos deberes y delicadas responsabilidades, y porque no se aviene tampoco con el estado de locura la vida comun que deben hacer los esposos, ni puede lograrse la realizacion de los diversos fines sociales de esta institucion. La locura ó incapacidad mental de que se trata, es la anterior ó simultánea á la celebracion del matrimonio, pues la posterior es una de las calamidades que por la ley debe hoy sobrellevar el otro cónyuge, y que no autoriza la solicitud de nulidad, y por sí sola, ni aun el divorcio (171 C.) Cuando el loco tiene lúcidos intervalos, y en uno de ellos hubiera contraido el matrimonio y pudiera probarse de un modo inequívoco su consentimiento, creen algunos que el enlace pudiera sostenerse, sobre todo si nó hay peligro para la vida del otro cónyuge que, con conocimiento de la enfermedad, se unia libremente á él. Parece sin embargo, mas conforme á la ley y á la institucion del matrimonio, que éste no se autorize miéntras no conste que ha desaparecido la locura ó incapacidad y se haya recobrado la aptitud intelectual que es indispensable. Ninguna pena impone la ley al loco ó incapacitado que se casa, porque bajo el supuesto de la existencia de la locura, no hay responsabilidad criminal. (4. C. P.)

352—Debe advertirse que como regla general, los impedimentos que legalmente anulan el matrimonio no son causa para su disolucion cuando sobrevienen

despues de la celebracion de éste. (frac. 2.ª 19 Decreto de Ref. núm. 272.)

III.

353--Para contraer matrimonio válidamente son de todo punto indispensables las condiciones de capacidad de los contrayentes de que acaba de tratarse, ó lo que es lo mismo, que no haya impedimento dirimente. Hay otras condiciones que la ley exige tambien para que pueda procederse al matrimonio; pero no son esenciales como las otras: obstan á que se contraiga, y su falta constituye por lo mismo un impedimento, pero tal, que ya celebrado el matrimonio, no lo hace nulo, sino solamente ilícito y sugeta á los contrayentes á una pena. Los impedimentos de esta clase se llaman *impedientes*.

354—Aunque se echaba de ménos en el Código toda la claridad necesaria en materia tan importante como es la del efecto de los impedimentos que van á expresarse, estudiando la naturaleza de éstos, la calíficacion que se les da en otras legislaciones, y la relacion de las diversas prescripciones legales sobre este particular (art. 9 del Dec. de 21 de Nov. de 1879) que no hacen nulo sino solo ilícito el matrimonio celebrado, podia comprenderse que no tenian otro que el de sugetar á una pena distinta de la nulidad. Se ha dicho que no habia la claridad necesaria porque uno de los artículos del Código (138) declaraba que no producia efectos el matrimonio celebrado contra las prescripciones de los artículos anterio-

res á él, y entre estos figuraban los que se refieren á los impedimentos de que se ha hecho mérito. Para evitar esa dificultad, debia interpretarse aquella disposicion como refiriéndose únicamente á las prescripciones especiales que mas próximamente la preceden, y versan sobre las formalidades de los matrimonios entre extranjeros ó por apoderado. Con la reforma al Código, desapareció esa oscuridad porque se fijó claramente que la falta de los requisitos de que va á tratarse solo hacen ilícito el matrimonio, y se fijaron los únicos casos en que puede tener lugar la nulidad. Esto supuesto, no pueden contraer matrimonio lícitamente por tener impedimento impediente;

355—1. ○ Los que no han obtenido el asenso ó licencia de las personas que deben prestarlo para que se proceda á su celebracion. [20 Dec. de Ref. núm. 272]

2. ○—El tutor y sus hijos con la persona que ha estado ó está bajo su guarda, á no ser despues de aprobadas legalmente las cuentas de la tutela. [21 Dec. de Ref. núm. 272.]

3. ○—La viuda ántes de que trascurran diez meses despues de disuelto el matrimonio anterior. [199 C.]; y ella y el viudo que, teniendo hijos de un matrimonio anterior bajo su potestad ó tutela, no hagan préviamente inventario de los bienes própios de ellos ó rindan cuenta de su administracion. [195 y 197 C].

356—Consentimiento para el matrimonio.—La ley permite que el varon mayor de 14 años y la muger mayor de 12 puedan contraer matrimonio; pero asi como esa facultad es absoluta respecto de los que han cumplido 21 años y no tienen otro inpedimento, pues solo de ellos, sin necesidad de obtener el consentimiento de persona alguna, depende que lo hagan

[123 C]; tratándose de los que son menores de edad, se necesita el consentimiento de los padres ó abuelos, ó tutores, ó de la autoridad judicial en último caso. Esto es asi, porque tratándose de un contrato que compromete perpetuamente la libertad de los que lo celebran, y que produce para ellos y para la sociedad efectos tan trascendentales, la ley lo debe rodear de todas las condiciones posibles de garantia que prevengan funestos resultados, fruto del ardor de la edad y las pasiones y de la inexperiencia y falta de reflexion y de calma. Por eso declara [20 Dec. cit.] que no puede procederse lícitamente á la celebracion del matrimonio sin el asenso ó licencia de las personas cuyo consentimiento sea necesario, segun las reglas que van á expresarse, ó sin que conste que el respectivo contrayente, no necesita para casarse del consentimiento de otra persona, ó que ha obtenido el de la autoridad competente, en subsidio.

357—Necesitan esa licencia, segun ántes se ha dicho, los menores de 21 años, sean varones ó mugeres. En algunos Códigos se fijaba mas temprano para éstas, la edad en que ya pueden casarse sin necesidad de ella, dándose por razon que en ellas se anticipa el desarrollo físico, que la flor de la juventud se marchita tanto mas pronto cuanto es mas temprana, y que las gracias figuran como dote de la muger. El Código nuestro, atendiendo á que esa licencia se requiere, no en razon del desarrollo físico, sino de la prudencia y juicio que en la muger son, de ordinario, mas flacos y mas fáciles de engañar y sorprender, no ha reducido la edad; asi como no hace diferencia entre hijos legítimos é ilegítimos para el efecto de necesitar consentimiento, porque en unos y

otros milita la misma razon, la falta de madurez de juicio. No derivándose de la patria potestad precisamente la necesidad de esa licencia, tendrán que solicitarla los emancipados; y aun el viudo ó viuda que sea menor de 21 años, porque la circunstancia del matrimonio anterior contraido, no destruye los fundamentos que apoyan la exigencia de ese consentimiento para los hijos legítimos ó ilegítimos reconocidos.

358—La licencia debe darse primeramente por el padre que es el Jefe de la familia: en defecto de éste, por la madre aun cuando haya pasado á segundas nupcias (124 C.] A falta de padres, se necesita el consentimiento del abuelo paterno; á falta de éste, el del materno; á falta de éstos, el de la abuela paterna; y en su defecto, el de la materna. Faltando los padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y en defecto de todos, el del Juez de 1.ª Instancia del domicilio. [124 i 26 C.]

359—Si el hijo ilegítimo menor no está reconocido, necesitará el consentimiento de la madre: en falta de ésta, el del abuelo materno: en su defecto, el de la abuela; y sucesivamente, el de los tutores y el del Juez [125 C].

360—Si se trata de un hijo adoptivo menor de edad, se necesita del consentimiento del padre adoptante: en defecto de éste, del de la madre adoptante: en falta de ellos, del de sus padres, á cuyo poder vuelve en caso de muerte de los mismos; y luego, del de los abuelos por su órden, los tutores y el Juez. [2.° 125 y 281 C.]

361—En algunos Códigos se establece graduacion de edad para poderse casar sin licencia, segun que los que la deben dar son los padres, los abuelos, los

tutores ó el Juez, disminuyendola en ese mismo órden. El nuestro no la hace, porque derivando la necesidad del consentimiento, de la falta ó debilidad de juicio del menor, no hay razon para alterar la edad por circunstancias que no influyen en el acierto de la eleccion.

362—Cuando la ley establece que en defecto del padre se exige el consentimiento de la madre; en defecto de esta, el de los abuelos y así sucesivamente, se refiere á falta absoluta de las personas que en el órden que ella fija deban dar su licencia. Si no es caso de falta absoluta por muerte, sino de impedimento de la persona que debe darla, por demencia absoluta ó temporal, ó por interdiccion judicial ó por ausencia á países extranjeros distantes de donde no se pueda obtener contestacion en ménos de cuatro meses, el Juez del domicilio puede suplir desde luego el consentimiento de las personas llamadas á prestarlo (127 C.) acreditando préviamente el solicitante que se halla en alguno de esos casos, y resultando de los informes prévios que prudentemente adquiera, que no hay obstáculo que legalmente pueda impedir el matrimonio (1744 C. Pr.)

363—La ley no exige que el que ha de dar su consentimiento dé la razon de su negativa cuando lo niega; pero para poner á cubierto á los hijos, de los casos en que esa negativa fuera infundada y caprichosa, da al interesado el derecho de que, cuando el disenso de los ascendientes, tutores y Jueces, sean estos últimos llamados á prestarlo directamente ó á suplirlo, parezca irracional, se pueda ocurrir al Presidente de la República, quien, con audiencia de los que negaron la licencia, y con los datos indispensables y la preceden-

te calificacion de las razones de una y otra parte, tiene facultad de habilitar de edad al menor para el efecto de contraer matrimonio, el cual no se celebra sin esta prévia autorizacion (128 C. y 1745 C. Pr.) Al conceder la ley este remedio, tiene en cuenta que si bien es muy respetable la autoridad paterna y no deben prodigarse los recursos á una autoridad extraña contra sus decisiones, se ha establecido para el bien y felicidad de los hijos, y debe apoyarse no en el capricho sino enmotivos justos y racionales.

364—Una vez prestado el consentimiento por el que debe darlo para el matrimonio del menor, no es natural que pueda revocarse sino por causas supervinientes; y constando haberlo obtenido en debida forma, aunque muera el que lo prestó, ya no puede cambiarlo el que sucede en el ejercicio de ese derecho. Si por el contrario, hubiere sido negado por el que murió, no hay inconveniente en que el que le sucede, que es á quien corresponde ya ejercitar esa facultad, pueda otorgarlo.

365—La condicion de no casarse, impuesta al heredero testamentario, se tiene por no puesta; pero es válida la que se dirige á impedir el matrimonio con persona determinada (822 C.)

366—El menor que contrae matrimonio sin el consentimiento de las personas que deben prestarlo, incurre en la pena de arresto mayor en sus grados mínimo á medio; pero deberá ser indultado desde que ellas aprobaren el matrimonio contraido (317 C. Pen.) La última parte de esta disposicion indicaba suficientemente que no ha sido nulo el matrimonio, pues si lo hubiera sido, no se explicarian esa aprobacion y el efecto que se la atribuye.

367—TUTELA.—El tutor y sus hijos ó descendientes no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado ó está bajo su guarda, sino despues de aprobadas legalmente las cuentas de la tutela (21 Dec. de Ref. núm. 272.) Bajo la palabra *hijos* están comprendidos en la generalidad de la disposicion legal, los varones y las mugeres; y tiene por fundamento la prohibicion, la necesidad de prevenir el abuso de que se hiciera ese matrimonio para evitar las acciones relativas á la restitucion de los bienes dilapidados, la de que no se abuse de superioridad, y quede restringida la libertad de los contrayentes; y por último, la de impedir las desastrosas consecuencias que, sin duda, produciria un enlace impulsado, no por recíproco afecto, sino por miras de interés. Rendidas y aprobadas las cuentas, desaparecen esos inconvenientes.

368—Algunos Códigos exceptuan de esta prohibicion el caso de que el padre mismo hubiera autorizado el matrimonio entre el tutor ó sus hijos y la persona sujeta á guarda, porque nadie puede conocer mejor que él todas las circunstancias, ni apreciar lo que conviene á sus hijos. Entre nosotros, aun sin testo expreso podia tambien sostenerse esa excepcion porque el art. del Código Penal que castiga con arresto mayor en su grado máximo ó reclusion en su grado mínimo y multa de veinte á quinientos pesos al tutor ó guardador que ántes de la aprobacion legal de sus cuentas, contrajere matrimonio ó prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos ó descendientes con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda, exceptua el caso de que el padre de ésta hubiere autorizado debidamente ese matrimonio

(320 Pen.) Hoy, despues del Decreto de reformas que lo consigna así terminantemente, no cabe ya ninguna duda.

369—SEGUNDAS NUPCIAS.—Por las razones que se expondrán oportunamente, la muger no puede pasar á contraer nuevo matrimonio sin que hayan trascurrido diez meses despues de haberse disuelto el anterior (61 Dec. de Ref. núm. 272); y la contravencion está penada con arresto mayor en sus grados medio á máximo ó multa de cien á mil pesos (318 y 319 C. Pn.)

370—Debe ademas el viudo ó viuda que tuviere hijos de precedente matrimonio, ántes de volver á casarse, proceder al inventario de los bienes de aquellos, bajo pena de pérdida del derecho de sucederles como heredero legítimo por testamento ó abintestato (195 y 196 C. y 59 Dec. de Ref. núm. 272.)

IV.

371—Supuesta ya la habilidad de los contrayentes para el matrimonio, es decir, que no tengan impedimento alguno dirimente ó impediente, se requiere el consentimiento de los esposos y la observancia de las formalidades que para su celebracion establece la ley civil.

372—Se requiere en primer lugar, el consentimiento, porque el matrimonio es esencialmente consensual, de tal suerte que aunque las personas sean capaces, no hay matrimonio sin él, ó si no es libre y mutuo y manifestado de un modo externo; ó si interviene

error sustancial de uno ó de ámbos contrayentes (121 C.) Debe ser *mutuo* porque el matrimonio es un contrato recíproco é igual: debe ser *libre*, porque aun respecto de los contratos comunes de ménos importancia, no es válido el consentimiento arrancado por fuerza ó violencia tales que sean las que determinan la decision en el ánimo del que las sufre (1408 y 1413 C.); y debe ser *manifestado de un modo externo*, para que conste inequivocamente y pueda darse fé de una manera cierta y no por interpretaciones ó congeturas de que se ha prestado; un mudo podrá contraer matrimonio siempre que por señales que no dejen lugar á duda, signifique su voluntad. Debe por último, no mediar error sustancial, porque este destruye el consentimiento respecto de cualquier contrato (1508 C.) El error para que se tenga por sustancial en el matrimonio, ha de recaer sobre la persona, y no sobre sus cualidades. El que creyendo y queriendo contraer matrimonio con Juana, lo contrae con Maria, ha sufrido un error sustancial que significa que no prestó su consentimiento para casarse con esta última. El que cree que la muger con quien contrae matrimonio es rica ó instruida, y resulta que no lo es, ha padecido un error sobre las cualidades de la muger; pero este error deja subsistente el matrimonio porque hubo consentimiento para casarse con esa persona; y hallar ó nó, en ella, tales ó cuales circunstancias que se creyó que tenia, es accidental. Como consecuencia de lo expuesto, el consentimiento debe ser tambien *incondicional.* Las condiciones imposibles, contrarias á la naturaleza ó á los fines del matrimonio, han de tenerse por no puestas, no pudiendo decirse nulo el contrato por voluntad de los contrayentes cuando ellos

mismos están poniendo en práctica los actos necesarios para su válida celebracion.

373.—El consentimiento necesario al contraerse el matrimonio, puede prestarse directamente por los esposos, ó por el apoderado especialmente autorizado, y determinándose en el poder la persona con quien ha de verificarse el matrimonio (136 C.) La determinacion de la persona es indispensable, porque el apoderado va á expresar el consentimiento de su comitente y nó á consentir por él: no va á elegir, sino á representar al po derdante en una eleccion hecha ya por éste. Si despues de la fecha del otorgamiento del poder, y ántes de celebrarse el matrimonio, el poderdante se vuelve loco ó contrae otra incapacidad, no hay matrimonio. El consentimiento debe subsistir hasta la celebracion, y no podrá sostenerse el que el poderdante dé en una época en que sea inhabil para consentir.

374.—Para la válidez del matrimonio celebrado por apoderado, es preciso tambien que ántes de celebrarse no haya sido revocado el poder, pues desde el momento en que se revoca, se acaban las facultades del apoderado, aunque éste ignore la revocacion. Por ese motivo, para poder determinar si el matrimonio se celebró ántes ó despues de ésta, la revocacion tiene que hacerse por instrumento público fijándose la hora. (137 C.) Se ve por tanto, que la revocacion en este caso surte su efecto desde que se hace, á diferencia de lo que sucede en el mandato judicial ó extrajudicial en los demás negocios, en que lo surte desde que es notificada (2210, 2211, 2212 C.) La razon que se dá es que el matrimonio es un contrato en que, mas que en cualquiera otro, debe atenderse al consentimiento,

de suerte que el mandatario se ve como un mensagero del poderdante, como un órgano cuyas palabras son inútiles, si al tiempo de pronunciarlas falta el consentimiento del poderdante, alma y esencia del matrimonio. Falta pues, éste, porque falta la voluntad de contraerle y porque se seguirian tristísimos efectos de dejar en pié un enlace válido en apariencia, pero que desde su orígen descansa en la voluntad de uno solo, y que desde entónces es repugnado, y pronto será aborrecido por el otro. No obstante estas razones, en otras leyes, como en la de matrimonio civil de España, se ha establecido un principio contrario, declarando válido el matrimonio celebrado ántes de notificarse la revocacion, apoyándose en que, si es grande el respeto que debe inspirar la libertad de los contrayentes, no es justo ni conveniente que á la sombra de ese respeto se protejan el fraude y mala fé del seductor á costa de la inocencia de la víctima. No es indispensable que haya revocacion expresa: basta que de un modo auténtico y positivo conste la voluntad del poderdante de desistir del matrimonio, como si dió segundo poder para casarse con otra persona; y con mayor razon, si él mismo contrajo ya otro matrimonio. El poder dado para casarse puede sustituirse si contiene esta facultad sin que sea preciso que esté determinada de antemano la persona del sustituto, ya que debe estarlo la de la persona con quien el matrimonio ha de contraerse.

375.—Además del consentimiento de los esposos, es esencial para que sea válido el matrimonio celebrado en Guatemala entre guatemaltecos, que se celebre ante la autoridad y en la forma prescrita por la ley civil. Al promulgarse el Código, el matrimonio entre

católicos se celebraba ante la autoridad eclesiástica con las formalidades establecidas por las leyes canónicas, y producia efectos civiles con solo que se inscribiera en el Registro Civil. El artículo 130 establecia que el matrimonio entre personas de diferentes creencias podia celebrarse conforme á las leyes civiles; y con motivo de los términos de esta disposicion, se suscitaron dudas sobre si los guatemaltecos podian casarse civilmente, ó era indispensable que lo hicieran canónicamente para que ese matrimonio fuera reconocido por la ley, El acuerdo gubernativo de 4 de Diciembre de 1878, considerando que si bien el Código no autorizaba expresamente á los guatemaltecos para contraer matrimonio puramente civil, tampoco podia prohibirlo, porque decretada la libertad de cultos, seria atacarla impedir su celebracion en esa forma civil, resolvió que podían contraerlo; pero no se declaró todavía obligatorio sino hasta el 17 de Noviembre de 1879 en que se emitió un Decreto que considerando: que el matrimonio es un contrato que por su importancia y trascendencia social debe celebrarse ante la autoridad civil y con las solemnidades que la ley determina; y que si bien debe dejarse en absoluta libertad á los que pretenden contraer matrimonio para solemnizarlo con las formalidades del culto á que pertenezcan, esa libertad no puede llegar hasta el extremo de que esos actos produzcan efectos civiles legales, no obstante que en su celebracion se prescinda de las leyes y autoridades civiles, estableció: que los matrimonios deben celebrarse precisamente ante la autoridad civil, observandose las formalidades prescritas por la ley civil, y que los que así no se celebren, no serán reconocidos como

válidos y legítimos para los efectos civiles. La autoridad política no hace con esto mas que usar de su legítimo derecho: si el matrimonio ha de producir efectos civiles y ser amparado por la ley, la ley puede reglamentarlo, sin perjuicio de que, por separado, se solemnice con las ritualidades de éste ú otro culto religioso.

376.—Hasta aquí, el matrimonio civil era ya el único que producia efectos civiles, mas no era indispensable que precediera al religioso; pero el artículo 1. ° del Decreto de la Asamblea Legislativa de 28 de Abril de 1881 estableció esa precedencia, sancionando con pena el hecho de que un Ministro de cualquier culto proceda á las ceremonias religiosas de un matrimonio sin que se le exhiba la certificacion competente de estar celebrado ya el civil.

377.—Las razones que hubo para esto se expresan en la iniciativa que para la emision de esa ley dirigió el Gobierno en 23 de Marzo de ese mismo año.

"Desde que el matrimonio civil, dice, es el único legítimo y válido, la ley que tiene que velar por el estado y condicion civil de las personas, tiene tambien que establecer una sancion eficaz y competente para que sus prescripciones sean respetadas, y para que, á la sombra del error y de la ignorancia, no se introduzca la mas lamentable y desorganizadora confusion; perjudicial á los individuos y á las familias y trascendental á toda la sociedad.

Los hábitos de ésta hacen que todos, ó cási todos los que quieren contraer matrimonio, acudan á solemnizar su union con las ritualidades del culto religioso á que pertenecen; y esos mismos hábitos hacen creer, ó sirven para que se aparente creer, que bastan tales ri-

tualidades para que la union del hombre y de la muger sea legítima, para que se produzcan entre ellos, respecto de sus personas y de sus bienes, los derechos que la ley civil reconoce y sanciona; y para que su descendencia tenga igualmente la condicion de legitimidad. Este es un error funesto: los que viven como esposos sin haber contraido matrimonio civil, viven á los ojos de la ley, y á los ojos de la sociedad que debe respetar la ley, en verdadero concubinato: no pueden invocar respecto de sus personas y bienes los derechos que la ley dá á los cónyuges, ni pueden dar á sus hijos la legitimidad que solo confiere la ley mediante la extricta observancia de sus disposiciones, y el cumplimiento de los requisitos que ella fija.

Para evitar el mal, es indispensable buscar otra sancion: en paises como el nuestro, en circunstancias como en las que se ha encontrado, pasa lo mismo que, con idéntico motivo, pasaba en Francia al establecerse la ley del matrimonio civil. La sancion mas extensa y mas fuerte no fué allá, como no es aquí, la mas eficáz. ¿De qué sirve que la ley no tenga como esposos á los que no han contraido matrimonio civil, si ellos en virtud de la costumbre ó de las preocupaciones, se consideran legítimamente casados; y si una parte de la sociedad, de buena fé por ignorancia, y la otra de mala fé por sus ideas, tolera como legítimas esas uniones que, lejos de serlo, son reprobadas é inmorales? Y de esas uniones nacerán hijos que se creerán legítimos y no lo son: resultará una perturbacion indefinible en la condicion de las personas, y se sembrarán para el porvenir los gérmenes de una cosecha interminable de discordias y pleitos en las familias y de desórden y perturbacion de toda la sociedad. La ley no puede contemplar im-

pasible el espectáculo de ese abismo á que mas tarde pueden arrastrar el error, la ignorancia, la credulidad; ó los últimos, aunque impotentes esfuerzos de un espíritu de oposicion agonizante yá, pero refractario siempre, á todos los triunfos del progreso y á todas las conquistas de la libertad. Si el matrimonio es un acto social de la mayor trascendencia, si el estado y condicion civil de las personas están y deben estar bajo la salvaguardia y garantía de la ley civil; y si toca á la autoridad evitar todo lo que en el porvenir pueda ser orígen de disturbios y desconciertos en la familia cuya moralidad y situacion se reflejan en la sociedad, parece incuestionable que es un deber imperioso del legislador ocurrir con eficaz remedio á lo que puede ser en lo de adelante un gravísimo mal.

Casos se han dado ya de personas tenidas por ilustradas y cultas, que despues de algun tiempo de celebrado el matrimonio religioso han fallecido sin contraer el matrimonio civil: casos se han dado tambien de viudas que han pasado á contraer canónicamente segundas nupcias sin haber llenado los requisitos que la ley civil exige para que se pueda contraer un nuevo matrimonio. Si las personas llamadas á velar por la paz de su familia y por la legitimidad y derechos de los hijos que puedan nacer de su union no lo hacen, sino que por ignorancia ó por espíritu de partido comprometen su suerte y su porvenir, lo debe hacer la ley: si un hombre no se detiene en engañar á una muger sencilla, haciéndola creer que con solo que el ministro de un culto bendiga su union quedan legítimamente casados, la ley no debe permitir ese abuso ni tolerar ese engaño: no debe dejar que se explote la credulidad de una pobre muger á quien se hace pensar que tiene

los derechos y la categoría de esposa, cuando no es mas que una concubina que podrá ser abandonada por su seductor el dia que mas le acomode. Si á los contrayentes poco importa el trastorno y el desórden en que dentro de algunos años estaria envuelto el estado civil de las personas, á la ley no puede ser indiferente ese trastorno en los derechos de familia y en las relaciones de la sociedad.

Es indispensable, pues, establecer como ley que no pueda autorizarse el matrimonio con las solemnidades de ningun culto religioso, mientras no conste debidamente que está contraido ya el matrimonio legal. Esta disposicion, que es el punto cardinal á que se refiere la iniciativa que en nombre del Gobierno tengo la honra de presentar á la Asamblea, consulta perfectamente, á mi juicio, todos los intereses sociales, no ataca en lo mas mínimo á la libertad ni se opone en manera algun, á aningun principio religioso bien entendido.

Consulta los intereses sociales, puesto que solemnizándose cási siempre el matrimonio con las ceremonias de algun culto, y no pudiendo ya tener lugar éstas, sin constancia formal de estar celebrado préviamente el matrimonio civil, se tiene asegurado por una parte el cumplimiento de la ley, y se deja removido por la otra; el inconveniente que dá lugar á perturbaciones y confusion en el estado civil de las personas.

Se dirá tal vez que hay alguna coaccion á la libertad porque se obliga á contraer matrimonio civil á los que no lo quieran contraer, pero esto no es exacto. Un hombre y una muger libres pueden vivir en concubinato sin que la ley los obligue á que contraigan matrimonio; pero si este hombre y esa muger, de buena ó

de mala fé, quieren dar á su union un carácter de legalidad que la haga aceptable en la sociedad y demuestran ese própósito acudiendo á que sea sancionada con las ceremonias religiosas de un culto, es indispensable hacer que el acto se revista de verdadera legalidad. Si dos personas desean vivir como esposo y esposa, es decir, ser legalmente casados, y significan esa voluntad, acudiendo al ministro de la religion que profesan, sucede una de dos cosas: ó esas personas creen que bastan las ceremonias del culto religioso para hacer que el matrimonio sea legal y válido en todos conceptos, ó saben que no alcanzan, y se proponen burlar la ley civil. Si es lo primero, no debe dejarse que subsista un error cuyas consecuencias no son trascendentales solo á los contrayentes, sino que se extienden tambien á sus hijos, á toda la familia, á la sociedad entera; y así, estando de por médio el interés público y no tratándose solo de un derecho particular y privado, la autoridad debe intervenir para que ese error no siga produciendo funestos resultados. Si es lo segundo, es decir, si se procede de mala fé, si solo se quiere seducir á una muger que se abandonará pronto, y para eso se busca el apoyo de la idea religiosa, ó se quiere nada mas que llenar una apariencia social, burlando los preceptos de la autoridad civil, es mas obvio y mas claro todavia que ésta debe forzosamente intervenir para evitar la violacion de sus disposiciones y para no favorecer la infraccion de la ley y fomentar el fraude y la mala fé. La ley deja, pues, en libertad de contraer ó no contraer matrimonio á los que no quieren hacerse pasar por esposos, pero los que quieren tener en la sociedad la condicion de tales, deben sugetarse á las prescripciones establecidas por

la ley de la sociedad. Debe temerse, como lo temia el Legislador Francés, que personas crédulas se dejen persuadir facilmente de que el matrimonio religioso produce por lo ménos los mismos efectos que el civil, y que se multipliquen así uniones ilegales de las que resulte un gran número de hijos ilegítimos á la sombra de un error tanto mas fatal y contagioso cuanto que va abonado con la intervencion de un ministro de una religion.

La ley que se proyecta no infiere agravio alguno á ningun principio religioso. La ley no prohibe el matrimonio religioso; lo único que quiere es que, con motivo ó que con pretesto de él, no se eludan sus prescripciones ni se defrauden los importantes objetos que se ha propuesto al establecer el matrimonio civil. La autoridad no penetra en el santuario de la conciencia ni ataca las creencias y los sentimientos de los individuos: el que cree que la religion debe santificar su matrimonio, y el que por cualquier otro motivo, desea ó juzga conveniente que ella se interponga, son muy dueños de hacerlo, y para esto no se les crea ningun obtáculo ni se les opone ninguna traba. Cumplan y respeten la ley civil y el Estado los deja, por lo demas, en una completa y amplia libertad respecto de lo que crean que deben á la religion que profesan. Dén al César lo que es del César, y el Gobierno está muy léjos de querer impedir que dén á Dios lo que juzguen que debe darse á Dios."

378—Tratando ya de las formalidades legales con que se contrae el matrimonio civil, las personas que quieran contraerlo pueden, á su arbitrio, presentar exposicion escrita ante el Jefe Político del Departamento, si uno de los pretendientes por lo ménos estuviere

domiciliado en la cabecera; ó ante el Alcalde Municipal del pueblo de dónde ámbos ó uno de ellos fueren vecinos; ú ocurrir de palabra á las mismas autoridades, que deberán levantar una acta (artículo 26 Dec. de Ref. núm. 272), manifestando su voluntad de casarse, y pidiendo que, prévio el exámen de tres testigos que ellos nombrarán, para que declaren sobre la aptitud de los contrayentes, se señale dia, hora y lugar para la celebracion del matrimonio (25 id.) Si alguno de los contrayentes es extrangero ó ha permanecido fuera de la República por mas de cinco años, presentará ademas tres testigos que acrediten haberle conocido en el país extraño y constarles la libertad de estado (32 id.) El papel de la exposicion ó acta, y de las demas diligencias matrimoniales será de última clase, siempre que á juicio de la autoridad que instruye las diligencias, sean pobres los dos contrayentes (26 Dec. citado.)

37º—En esa exposicion ó acta, y con el objeto de evitar cualquiera confusion entre personas de igual nombre y apellido, se debe hacer constar los nombres, apellidos, domicilio y edad de los contrayentes, el nombre de sus padres y abuelos en ámbas líneas, si fueren conocidos. Además, debe acompañarse la fé de nacimiento de los contrayentes para saber si tienen edad para casarse y si necesitan del consentimiento de alguno: la licencia de las personas cuyo consentimiento se necesite, si fueren menores, ó constancia de estar suplido por el Juez ó de haberse concedido habilitacion por el Presidente de la República; y por último, el certificado de viudedad si alguno de los pretendientes ha sido casado, tanto para que se compruebe la libertad de estado, como para no autorizar el matrimonio de la

viuda ántes de diez meses de la disolucion del primer matrimonio; y la constancia de haberse practicado el inventario de los bienes de los hijos del matrimonio anterior ó de haberse rendido las cuentas (artículo 28 Dec. cit.)

380—El Jefe Político, Juez de Paz ó funcionario que haga sus veces y ante quien se presente la solicitud, procede con citacion del Síndico Municipal, á recibir las declaraciones de los testigos; y si de estas resulta la aptitud de los contrayentes, manda fijar avisos anunciando el matrimonio en los parajes públicos de todos aquellos puntos en donde hubieren estado avecindados los pretendientes, avisos que podrán tambien publicarse en los periódicos cuando se estime conveniente (artículo 30 Dec. citado.) El objeto de estos avisos es que lleguen á noticia del mayor número de personas, para que cualquiera pueda denunciar los impedimentos que tengan los que quieren celebrar el matrimonio; y á ese fin, permanecerán fijos quince dias continuos, y si se trata de personas que no tienen domicilio fijo, el término será de dos meses (31 Dec. cit.).

381—Teniendo un objeto tan importante las publicaciones del matrimonio que se proyecta, solo pueden dispensarse con justa causa y por la autoridad política superior del Departamento en donde se ha de celebrar (33 Dec. cit.) Desde luego, es razon suficiente para la dispensa, el peligro de muerte de uno de los pretendientes; pero no es ésta la única, sino cualquier otro motivo que, á juicio de la autoridad política mencionada, sea racionalmente bastante y esté suficientemente comprobado. La calificacion queda, pues, á su prudente arbitrio, debiendo tomarse en cuenta las cir-

cunstancias de las personas, el conocimiento que de ellas se tenga, y las demás consideraciones atendibles (34 Dec. cit.)

382—Si dentro del término de las publicaciones se denunciase algun impedimento dirimente, el Jefe Político, Juez de Paz ó Alcalde, lo hará constar; y ratificada la denuncia, debe remitirla al Juez de 1.ª instancia del Departamento, para que él haga la calificacion que corresponda (artículo 35 Dec. cit.) El Juez de 1.ª instancia, recibido el espediente, manda ampliar la declaracion del denunciante y recibir cuantas pruebas estime convenientes para exclarecer la verdad, incluyendo las que presente la parte contra la que se hace la denuncia. Estas diligencias han de practicarse en el término de tres dias, á no ser que alguna prueba importante tenga que rendirse fuera del lugar, en cuyo caso el Juez prudentemente concede para rendirla el menor tiempo posible (36 Dec. cit.) Resultando por plena justificacion ser efectivo y legal el impedimento, el Juez hace la declaracion de que los pretendientes no pueden contraer matrimonio, y de esa declaratoria procede el recurso de apelacion ante la Sala correspondiente de la Corte de Justicia. Notificada la resolucion que cause ejecutoria, se devuelve el expediente con certificacion de ella, á la autoridad de quien se recibió (37 Dec. cit.) Si el impedimento no resultáre probado, hace la declaracion en el sentido de que puede contraerse matrimonio, devolviendo las diligencias del modo expresado (artículo 38 Dec. cit.)

383—Pasados los términos de las publicaciones sin haberse denunciado impedimento alguno de los pretendientes, ó hecha la declaracion judicial de no estar probado ó no ser legal, se señala el lugar, dia y hora

en que debe celebrarse el matrimonio (39 id.) Ese dia, los interesados ocurrirán ante la autoridad que ha seguido las diligencias matrimoniales, y el que la ejerce, asociado de su Secretario y de dos testigos por parte de los contrayentes, pregunta á cada uno de ellos, designándolo por su nombre, si es su voluntad unirse en matrimonio con el otro. Si alguno de ellos diere respuesta negativa en el acto de ser interrogado, todo se suspende, haciéndose constar así (42 id.); pero si ámbos contestaren afimativamente, les leerá los artículos del Código Civil que definen el matrimonio y expresan las obligaciones y derechos que de él nacen, y son los artículos 119, 148 á 153; y despues de haçerles presente la importancia del matrimonio como único médio moral de fundar la familia, declara en nombre de la ley que quedan unidos solemne y legítimamente (40 id.)

384—Concluido el acto del matrimonio, se levanta la acta respectiva que firma la autoridad que haya intervenido, los contrayentes si supieren escribir, y el Srio. de la Jefatura ó Municipalidad, y se remite la acta en cópia certificada al Depositario del Registro Civil (43 id.)

385—Es de advertir que por estas diligencias no se exigen ningunos derechos (45 id.), y que cuando despues de la presentacion, informacion y avisos, hayan pasado seis meses sin efectuarse el matrimonio, no podrá autorizarse ya sin que estos se repitan [44 id.), porque durante ese tiempo puede haber sobrevenido alguna causal de impedimento, y es necesario prevenir cualquier fraude. En caso de peligro inminente de muerte de uno ó de ámbos contrayentes, el funcionario ante quien deba celebrarse el matrimonio civil,

podrá autorizarlo sin observar las solemnidades que no sea posible llenar de las que se han mencionado, con tal de que no haya algun impedimento ostensible y evidente (41 id.)

V.

386—El matrimonio celebrado fuera de la República, ó en su territorio, por extrangeros, tiene algunas disposiciones especiales que provienen de la modificacion que imprimen á la forma del contrato, las prescripciones del Derecho Internacional privado. Los casos que pueden suponerse son de dos extrangeros que hayan contraido matrimonio fuera del país, ó que lo contraigan en la República; y de contrayentes, guatemaltecos ámbos, ó uno por lo ménos, que lo celebren en el extrangero.

387—El matrimonio celebrado entre dos extrangeros fuera del territorio nacional, y que sea válido con arreglo á las leyes del pais en que se celebró, surte todos sus efectos civiles en Guatemala (131 C.) Este artículo no hace mas que aceptar la regla del Derecho Internacional privado, segun la cual, el matrimonio válido conforme á la ley del lugar de la celebracion, debe ser reconocido en todas partes. Los contrayentes solo estaban obligados á respetar esa ley al contraerlo; y habiendo cumplido, la validez del matrimonio ya no puede quedar sujeta á la circunstancia accidental de que despues se trasladen á otro país. Esos efectos civiles se apreciarán por las leyes del país en que se verificó el matrimonio, y especialmente por el contrato ó capitulaciones que hayan tenido lugar al cele-

brarse, atendiendo, en falta de ellos, á los tratados y á los principios comunes del Derecho Internacional privado, con excepcion de los actos que deban tener ejecucion en Guatemala, que si estarán siempre sugetos á nuestras leyes.

388—Como la ley considera que es condicion del matrimonio que sea de un solo hombre con una sola muger, y como hasta ahora considera que esa union es union indisoluble, solo se reconoceria la legitimidad de los que guardaran esos requisitos. La ley pues, respetará en su caso lo que disponga una legislacion extrangera respecto de capacidad para casarse, respecto de solemnidades y formas, pero bajo el supuesto de la monogamía y la indisolubilidad. La ley guatemalteca no reconoceria en consecuencia, miéntras no se cambie y se cambie con ella la definicion legal del matrimonio, el de uno que viniera casado con varias mugeres, ni autorizaria aquí, sino conforme á nuestras leyes, la disolucion de un matrimonio que pudiera disolverse segun las leyes del país en que se contrajo y segun las leyes personales de los contrayentes.

389—Los extrangeros residentes en la República pueden casarse válidamente en la forma establecida por nuestras leyes civiles, porque entónces tambien domina el principio ántes citado de la ley del lugar, y su matrimonio produce aquí efectos civiles. Pueden igualmente contraer matrimonio válido, por concesion de la ley, fundada en la práctica y en prescripciones de tratados internacionales, con arreglo á las leyes de sus respectivas nacionalidades; y el matrimonio así celebrado, produce los mismos efectos civiles que el celebrado entre guatemaltecos, conforme á nuestras leyes (Dec. núm. 106 de 2 de Octubre de 1873 y 132

C.) Este artículo, tal como estaba escrito en el Código, no abrazaba el caso del matrimonio que se contragera aquí entre un guatemalteco y una extrangera ó viceversa, pero debe extenderse á él su disposicion, como se consignó en nota de 18 de octubre de 1877 dirigida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República al Ministro Residente de S. M. B. sobre si se reconoceria aquí como válido el matrimonio de una guatemalteca con un inglés celebrado en la Legacion Británica ante un Clérigo protestante de conformidad con la ley inglesa (Guatemalteco núm. 152 serie 7.ª), y en ese sentido se reformó por el artículo 23 del Dec. núm. 272.

390—Respecto del matrimonio celebrado en el extrangero entre esposos, de los que, uno ó ámbos son guatemaltecos, el Código no acepta mas que para la forma, la ley del lugar en que se contrajo, como sí la acepta sin restriccion si los contrayentes son extrangeros. Así es que para que aquel matrimonio produzca efectos civiles en la República, debe constar que se celebró con las formas y requisitos que establecen las leyes del lugar de su celebracion, y además que el guatemalteco al contraerlo, no contravino á las leyes de Guatemala relativas á la aptitud para contraer matrimonio y al consentimiento de los ascendientes ó de la persona de quien deba obtenerse (133 C.)

391—La razon de la diversidad está en que el guatemalteco, á diferencia del extrangero, aun en país extrangero se halla sugeto á la ley personal de Guatemala, en lo que toca á las obligaciones y derechos que nazcan de las relaciones de familia; y así, si contrae matrimonio en el extrangero, contraviniendo á nuestras leyes, la contravencion produce aquí los mismos

efectos que si aquí se hubiera cometido. Média tambien la consideracion de que, de otra suerte, cualquiera podria burlar nuestras leyes con solo salir del país y contraer fuera de él, en otro donde no hubiera iguales disposiciones, un matrimonio prohibido por las nuestras, el cual, sin conculcarlas, no podria ser reconocido aquí.

392—El guatemalteco ó guatemalteca que se casa en el extrangero, debe, segun se ha dicho, para que su matrimonio produzca efectos civiles en Guatemala, obtener, siendo menor de 21 años, el consentimiento de las personas que, segun nuestras leyes han de prestarlo. En caso de que estos se hallen impedidos, ó lo níeguen irracionalmente, habrá que recurrir á las autoridades de la República, y solo por urgencia que no permita acudir á ellas, están, por razon de esa perentoriedad y de la distancia, facultados para suplirlo, el Minístro ó Cónsul residentes en el lugar en que haya de celebrarse el matrimonio; y no habiéndolo en ese lugar, el del mas inmediato, prefiriendo siempre el Ministro al Cónsul, (134 C.) Si no hay en el lugar Ministro ni Cónsul y alguno de los contrayentes está en peligro de muerte próxima, el matrimonio será válido siempre que se justifique con prueba plena que concurrieron esas dos circunstancias (135 C.) porque falta entónces la presuncion de que se quiere burlar la ley.

———

TITULO SEXTO.

DEBERES Y DERECHOS QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

393—Del matrimonio resultan para los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas. De ellos se va á tratar en este título; y para el órden de la materia se hablará 1. ° de las obligaciones y derechos personales entre los cónyuges, 2. ° de la autorizacion marital y judicial, y 3. ° de los demás efectos legales que produce el matrimonio.

PARRAFO PRIMERO.

DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES.

I.

394—El contrato del matrimonio que, por razon de su naturaleza é importancia como base y orígen de la familia, tiene principios especiales que no se confun-

den con los de los demás contratos, establece entre los cónyuges obligaciones y derechos recíprocos. Todas las legislaciones que han tomado por guia á la naturaleza, distribuyen los cargos del matrimonio segun la condicion y destino especial de cada sexo. Imponen al hombre un deber de proteccion y de trabajo, á la muger un deber de sugecion y guarda del hogar (150 C.): á ámbos un deber de fidelidad, socorros y asistencia mutuos (149 C.)

395—Debiendo los esposos vivir juntos, el matrimonio desde luego origina entre ellos, una doble asociacion de personas y de bienes. Esta doble asociacion exige un gobierno interior y una representacion exterior, y la ley confia ésta y aquel al marido á quien designa para ello la misma naturaleza, dotándolo de las cualidades propias al efecto.

396—La ley, encargando al marido la direccion de esa doble sociedad, le otorga los medios adecuados dándole la potestad marital ó sea *un conjunto de derechos sobre la persona y los bienes de la muger.* (Chacon) De estos principios se deducen las reglas que rigen en la materia.

II.

397—El marido debe proteger á la muger y la muger obedecer al marido (150 C.) La ley, al expresarse así, no confiere al marido un poder ilimitado ni obliga á la muger á una obediencia ciega, sino que ésta y aquel deben ser racionales, y tales, cuales se necesitan para el objeto con que se establecen. El marido no

puede castigar á la muger: no puede considerarla como se la consideraba antiguamente como esclava ó pupila, sino como una compañera á quien no puede imponer vejacion personal. El deber de obediencia es simplemente de subordinacion al consorte, y no de una sujecion absoluta y degradante.

398—La muger está obligada á habitar con el marido, y á seguirle donde él tenga por conveniente residir (151 C.) Tal es otro de los deberes que nacen del matrimonio.

399—El silencio del Código acerca de los medios coercitivos que puede emplear el marido para hacer eficáz este derecho, significa que no puede emplearse la fuerza pública para compeler á la muger, pues de otra suerte, se habria declarado explícitamente como se hizo en algun caso respecto del hijo de familia (288 y 289 C.)

400—No caben, pues, mas que los medios de coercion indirecta; y así es que la ley admite como una causal de divorcio la de que se niegue la muger sin graves y justas causas á seguir á su marido (6. ° 53 del Dec. de Ref. núm. 272): priva en algunos casos del derecho de heredar abintestato al cónyuge separado por su culpa (Inciso 1. ° 980 C.); y la muger que no quiera ir á habitar á casa del marido, y que, contra la voluntad de éste, permanezca en cualquiera otra, no participará de los gananciales por todo el tiempo que dure la separacion (1159 C.) Lo mismo sucede cuando la muger abandona la casa comun; mas entónces sí da la ley al marido la facultad de pedir el depósito de la muger, en la casa que señale el Juez.

401—Esta obligacion de la muger de vivir con el marido y seguirle, debe cesar cuando su ejecucion acar-

rea peligro inminente de su vida ó média otra causal justa y poderosa. Así se deduce del inciso 6.° del artículo 53 del Decreto de Reformas antes citado, que se refiere á que la muger se niegue *sin graves y justas causas*, lo que prueba que existiendo éstas, cesa su obligacion. Así se deduce igualmente del inciso 1.° del artículo 1160 C. que deja subsistente la participacion de los gananciales cuando la muger prueba alguna justa causa en virtud de la cual pueda autorizársele para estar fuera de la casa conyugal mientras aquella no desaparezca. La calificacion de la gravedad y justicia de esas causas, debe hacerse por la autoridad judicial respectiva, y por ella debe darse tambien la facultad del caso.

III.

402—El marido por su parte está obligado á recibir y tener en su casa á la muger y á suministrarle todo lo preciso para la vida, segun sus facultades y situacion (152 C.), esto es, á darle alimentos civiles.

403—Esta obligacion de prestarse alimentos como la de guardarse fidelidad, asistirse y socorrerse, es mutua entre los cónyuges y procede de la misma naturaleza. De parte del marido, se funda además en la potestad marital que le dá varios derechos en cambio de algunos deberes, entre los cuales figura el de alimentar á la muger, deber que subsiste aunque ella no haya llevado bienes, mientras que de parte de ella, la obligacion solo procede del deber natural que los

cónyuges tienen de asistirse recíprocamente (149 C.) La negativa del marido á suministrar alimentos á su muger, autoriza á ésta para pedir el divorcio (Inciso 5. °, 53 Dec. de Ref. núm 272); y la obligacion de darlos es exigible ante los Tribunales, acompañando la certificacion del Registro civil del matrimonio.

PARRAFO SEGUNDO.

I.

FUNDAMENTO DE LA AUTORIZACION.

404—El matrimonio es una sociedad y necesita así, para la unidad y buena administracion, que uno de los sócios, el mas aparente, tenga la direccion, el manejo y la representacion de la sociedad. En esa virtud, la ley dá exclusivamente al marido el derecho de administracion, é incapacita á la muger para aquellos actos que pueden ser perjudiciales para ella, ó para la sociedad conyugal.

405—Esta incapacidad no procede solo del sexo, puesto que, cumplidos los veintiun años, la misma capacidad civil tienen el varon y la hembra. Tampoco del deber de obediencia de la muger, porque aquella hace relacion al régimen interior de la familia, y tal obediencia personal no requiere indispensablemente su incapacidad; el verdadero fundamento es que lo exige la unidad y buena administracion de la sociedad conyugal, y así la incapacidad es solo relativa á-

su estado de matrimonio, y es consecuencia del derecho del marido de administracion de los bienes. La autorizacion marital, que es necesaria á causa de la incapacidad de la muger, proviene del mismo principio que ésta; y á él se debe atender para el establecimiento y la resolucion de los casos en que se requiere.

II.

AUTORIZACION MARITAL.

406—De los actos de la muger, hay unos que requieren la autorizacion del marido y otros que no la necesitan. De unos y otros vá á tratarse. La muger no puede presentarse en juicio sin la concurrencia del marido ó autorizacion escrita de él, (100 C. pr.) ni demandando ni defendiéndose, porque la ley es general; ni por sí ni por médio de procurador (132 C. pr. y 46. Dec, de Ref. núm. 272); y tampoco podrá proseguir los pleitos comenzados antes del matrimonio; pero una vez dada la autorizacion, debe entenderse que sirve para todas las instancias hasta la conclusion del pleito, á menos que se haya limitado, expresándose lo contrario.

407—Tampoco puede la muger, sin intervencion del marido, expresa y directa, ó sin su autorizacion general ó especial en escritura pública, contratar; ni desistir de un contrato anterior, ni remitir deudas ni adquirir entre vivos á título gratuito ú oneroso, ni enagenar ó hipotecar (47. Dec. de Ref. núm. 272); y todo esto, aunque el negocio sea manifiestamente útil (154

C.) y tampoco podrá ella sola constituir servidumbre sobre sus fincas (1281 C.) La ley no le permite ni aun adquirir por título lucrativo, porque pueden imponerse condiciones cuya trascendencia no puede ella apreciar debidamente, ó porque pueden las donaciones tener una significacion que ofenda la delicadeza del marido, ó perjudique la paz del matrimonio.

408—Todo esto no obsta á que la muger pueda quedar obligada en algunos casos que no se refieran á los actos y contratos que el Código enumera, y le prohibe ejecutar sin prévia autorizacion; así es que puede quedarlo por consecuencia de un delito ó cuasi delito, por consecuencia de un cuasi contrato, como si durante la ausencia de ella y de su marido, un extraño ha tomado la gestion de sus negocios (2.ª 2257 C.); ó puede quedarlo por equidad natural en lo que se haya aprovechado efectivamente del préstamo ó pago que se le hubiere hecho. Fuera de estas materias en que se obligue sin el concurso de su voluntad no puede, sin autorizacion del marido, estar en juicio ni obligarse civilmente; esta es la regla, y las excepciones para que sean válidas, deben estar expresamente mencionadas en la ley.

409—Corresponde ahora ocuparse de los actos que, segun la ley, puede la muger ejecutar sin autorizacion de su marido.

410—En materia penal, la muger puede sin autorizacion del marido defenderse en causa criminal en que se proceda contra élla (100 C. pr. y 46 Dec. de Ref. núm. 272), porque interesando al órden público y á las buenas costumbres la pronta y eficáz represion de los delitos, la autoridad del marido que trataria de negar su licencia, desaparece ante la autoridad de la

ley; y la necesidad de la defensa natural, dispensa á la muger de toda formalidad (Portalis.)

411—La ley solo autoriza á la muger para estar en juicio como acusada. Cuando puede proceder como acusadora, por ser voluntaria la acusacion y por no militar la razon de órden público que existe cuando á ella se le procesa, debe el marido calificar la conveniencia ó inconveniencia de la acusacion; y para entablarla, la muger no puede estar en juicio sin su autorizacion (46 Dec, cit.)

412—En materia civil, la muger no necesita de esa autorizacion para demandar ó defenderse civil ó criminalmente en los pleitos con su marido (46 Dec. cit.) Basada esa autorizacion en la conveniencia de buen órden de la sociedad conyugal no se requiere para estar en juicio con el marido, porque esto no se opone á los derechos y administracion de aquel en los bienes; y porque seria inútil y hasta ridículo obligar á la muger á pedir una autorizacion que habria de serle negada, ó sujetarla á dilaciones molestas para que se la supliera el Juez. Debe advertirse que además se impone al marido la obligacion de suministrar á la muger los auxilios que necesite para demandar ó defenderse en los pleitos que siga con él, para no hacer imposible el ejercicio de sus acciones (47 Dec. cit.)

413—La muger tampoco necesita de la autorizacion del marido para testar (1. ° 155 C.), porque esa facultad requiere absoluta independencia y libertad, y porque no puede afectar al marido ni á la sociedad conyugal en ninguno de sus derechos, un acto que no surtirá efecto sino cuando se haya acabado la sociedad conyugal y los derechos que ella dá al marido.

414—Del mismo modo, no la necesita para suceder

por testamento ó abintestato con beneficio de inventario (2. ○ 155 C.) porque aceptada así la herencia, ningun perjuicio puede causarse al marido ni á la sociedad.

415—Ultimamente, no necesita la muger de la autorizacion del marido para la administracion y goce de sus bienes de cualquiera clase, en los casos que siguen;

1. ○ —Cuando média entre los cónyuges simple separacion de bienes (parte 1. ª 1175 C;) y, en ese caso, ni aun se requiere, como parece consecuencia natural, para estar en juicio en causas concernientes á la administracion que tenga por la separacion (210 Dec. de Ref. núm. 272.)

2. ○ —Cuando se ha declarado el divorcio (175 C.)

3. ○ —Cuando se ha estipulado en las capitulaciones matrimoniales que la muger administre separadamente alguna parte de sus bienes (1183 C.)

4. ○ —Cuando estos han sido donados ó se le dejan por herencia ó legado con la condicion precisa de que no los administre el marido (1182 C.)

5. ○ —Cuando la muger ejerce una industria, profesion ú oficio (1. ○ 159 C.)

6. ○ —Cuando la muger ejerce públicamente el comercio (12 C. Con.)

416—Además de estos casos en que por lo menos, respecto de los negocios á que se refieren, se permite expresamente á la muger obrar sin autorizacion, la ley la presume en los siguientes:

1. ○ —Se presume la autorizacion del marido en las compras de cosas muebles que la muger hace al contado (frac. 1. ª 158 C.)

2. ○ —Se presume, tambien, en las compras al fiado de objetos náturalmente destinados al consumo ordi-

nario de la familia (frac. 2. ᵃ 158 C.)

417—La razon de esto es que no debe hacerse imposible el régimen doméstico: y tocando á la muger el cuidado y manejo de la casa, no debe imposibilitarsela para atender á ellos, ni producirse humillacion á ella y ridículo al marido, teniendo la una que conseguir, y el otro que dar autorizacion para actos de esa clase.

418.—Aunque esta autorizacion no se presume en las compras al fiado de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturales destinados al vestido y menaje, se entienden tales compras ratificadas tácitamente siempre que esté probado que esos objetos se compraron para el uso de la muger ó la familia, ó se emplearon en ella con conocimiento y sin reclamacion del marido (frac. 3. ᵃ 158 C.) Este uso consentido por el marido prueba su asentimiento á tales compras; y justifica la disposicion de la ley la experiencia que demuestra que á veces el marido no se detiene ante el descrédito propio y de su muger, por sostener en la sociedad un lujo que no está en armonia con sus recursos, abusando de leyes dadas precisamente con un fin opuesto. El fraude no debe serles favorable; y así, el marido que conoce el despilfarro ó lujo inmoderado de su muger, y no protesta, sino que lo tolera ó consiente, no tiene derecho á la proteccion de la ley en perjuicio de tercero (Goyena y Aguirre.)

419—Nuestras leyes no han declarado expresamente si la muger necesita ó nó de autorizacion para repudiar la herencia que se le defiere, y aunque en el derecho romano, se resolvia que no la necesitaba porque el derecho de admitir una herencia no se reputaba adquirido y formando parte del patrimonio; si se observa la importancia de ese acto, y que no está

comprendido en las excepciones que detalla la ley para fijar los casos en que no se requiere autorizacion, debe decirse que es indispensable, y que el marido no quedaria obligado por la renuncia que la muger hiciera sin esa formalidad. Lo que se dice de la herencia es aplicable al legado y á la donacion entre vivos.

III.

FORMA DE LA AUTORIZACION MARITAL.

420—La necesidad é importancia de la autorizacion requiere que se fije la forma en que debe darse.

421—La autorizacion del marido debe ser otorgada por escritura pública, ó interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto (47 Dec. de Ref. 272) La licencia escrita es la forma mas segura; pero la concurrencia del marido directa y expresa al acto, lo será igualmente si aparece de un modo indudable su voluntad de concederla. La ley exige que al hacerse por escrito, sea en instrumento público para dar toda garantia y cortar los pleitos que de otra manera podrian resultar.

422—La autorizacion puede ser *especial* para cada negocio determinado, ó *general* para todos los actos en que la muger la necesite, pues si el marido puede conferir poder general á un extraño y á la misma muger (3. ° 133 C. Pr.), debe tambien poder conferirlo á ésta bajo el nombre de autorizacion general, ya que ella divide con él la suerte de su persona y de sus bienes. Si la incapacidad de la muger se establece solo-

para la buena administracion de la sociedad conyugal, cuando la capacidad no obsta sino que contribuye á la buena administracion, no hay razon para negarla concurriendo la voluntad del marido.

423—El Código no se ocupaba de la facultad para revocar la autorizacion marital; mas parece indudable que debia tenerla, porque si la concesion ha dependido enteramente de él, de él ha de depender tambien su duracion y subsistencia. Se ocupa de ella el art. 48 del Dec. de Ref. al Cod. Civ. y establece: que el marido puede revocar esa autorizacion á su arbitrio, sin efecto retroactivo, por médio de instrumento público, cuyo contenido se anotará al márgen de la escritura original y del testimonio de la autorizacion general ó especial; y si pendiesen autos ante algun tribunal en los cuales ha ya obrado la muger con autorizacion del marido, la cual se presume por hablerla dado para la demanda ó contestacion, ó intervenido en ellas, deberá hacer constar en los mismos la revocatoria presentando el testimonio con la razon correspondiente.

IV.

EFECTOS DE LA AUTORIZACION MARITAL.

424—Los actos ejecutados por la muger sin autorizacion marital son nulos como ejecutados por una persona incapaz; y no obligando ni á ella ni al marido, (1106 C.) una ú otro, ó sus respectivos herederos, pueden reclamar su nulidad. Esta se ha establecido como nulidad relativa en beneficio exclusivo de la muger y del marido; y fuera de ellos, no puede deducirse ni

oponerse por ninguna otra persona, ni aun por los fiadores ó conjuntos del contrato (164 C. y 50 Dec. de Ref. núm 272.)

425—La razon es que con la falta de autorizacion, el interés que se ha ofendido es el del marido cuyo consentimiento exigido por la ley, no se ha consultado, y el de la muger que para ese acto ha estado privada de la proteccion legal del marido. La nulidad pues, no puede reclamarse sino por ellos, ya que en interés de ellos la ha declarado la ley. En cuanto á los terceros que han contravenido á la ley contratando con una muger no autorizada, no puede ser que su infraccion venga á darles un título que los exima de sus propias obligaciones. Los fiadores ó conjuntos del contrato que debian conocer la disposicion de la ley, no tienen razon tampoco para aprovecharse de la nulidad.

426—Siendo relativa la nulidad, conforme al carácter de todas las de esta clase, el marido puede dar valor á los hechos no autorizados de la muger, ratificándolos expresa ó tácitamente; y despues de esa ratificacion, ninguno, ni la misma muger cuya concurrencia no se necesita para hacerla, puede intentar la accion de nulidad (50 Dec. de Ref. 272.)

La *ratificacion* es *el consentimiento posterior prestado por el marido á los actos de su muger no autorizados por él.* Puede ser *expresa* ó *tácita:* expresa, *la que se otorga terminantemente ó por escrito:* tácita, *la que se deduce de hechos del marido que manifiestan inequívocamente su aquiescencia;* y se tendrá siempre como tal, no haberse reclamado contra el acto despues de 30 dias desde que se tuvo conocimiento de él (50 Dec. cit.), para cortar así reclamaciones de mala fé.

427—A semejanza de la autorizacion, se admite además de la ratificacion *especial* que se contrae á uno ó varios actos determinados, la *general* que comprende todos los actos de la muger ejecutados sin licencia (50 Dec. cit.)

428—Por su naturaleza, y segun los principios generales de derecho, la ratificacion retrotrae el consentimiento á la época en que tuvo lugar el acto; y así, éste valdrá, no solo desde que es ratificado, sino desde la fecha en que se otorgó.

V.

AUTORIZACION JUDICIAL.

429—Como la potestad marital no debe ser despótica, la autoridad judicial puede corregir los abusos de ella que sean perjudiciales á la muger.

430—Dos son los motivos por los que puede suplir el Juez la autorizacion marital: negativa irracional é impedimento del marido. Así, el Juez está facultado para autorizar por sí mismo á la muger, con conocimiento de causa, cuando el marido le niega sin justo motivo la autorizacion, y de ello se sigue perjuicio á la muger (frac. 1.ª art. 156 C.)

431—Puede suplirla, tambien, en caso de algun impedimento del marido como el de ausencia real ó aparente; por ejemplo, si se esconde, cuando de la demora se siguiere perjuicio (frac. 2.ª 156 C.)

432—Debe asi mismo suplirla cuando el marido es

menor de 18 años, el cual necesita de tutor para la administracion de sus bienes y los de la sociedad conyugal (419 C.) El artículo 162 del Código hablaba de todo menor; pero fué modificado por el 49 del Dec. de Ref. núm. 272, segun el cual, el marido mayor de 18 años no necesita de tutor para la administracion de sus bienes y los de la sociedad conyugal; pero no podrá enagenar ni hipotecar los bienes raices sino con autorizacion del Juez con las formalidades prescritas para los bienes de menores. Con esta restriccion, es muy justa esa facultad que por excepcion se dá al que siendo mayor de 18 años tiene por el matrimonio obligaciones que llenar respecto de la muger.

433—El Juez que otorga la licencia es el del domicilio y basta para pedirla que se ignore el paradero del marido ó que se halle ausente sin que haya esperanza de su prôxima vuelta (1794 C. Pr.): la autorizacion judicial solo se necesita para los actos en que es indispensable la licencia marital (1795 id), y para conceder el Juez la habilitacion para litigar, basta que la muger sea demandada. La calificacion del motivo para otorgar la autorizacion y del perjuicio que se siga á la muger de no obtenerlo, queda á la apreciacion del Juez, quien puede tomar los datos que juzgue indispensables, puesto que ha de proceder con conocimiento de causa. Desde luego son casos de impedimento, los de incapacidad del marido por interdiccion judicial (37 C.) y aun puede entónces la muger ser nombrada guardadora judicial de su marido (430 C.); y lo serán tambien los de condenacion del marido á una pena que prive de los derechos de familia, como son la de muerte indultada, la de presidio con calidad de retencion y la de prision ordinaria (31, 35, 36, 37 C. Pen.)

434—La falta de licencia marital no destruye la obligacion natural ó de equidad; así es que siempre quedarán obligados marido y muger, en cuanto se hayan enriquecido. Por lo mismo, si la muger, disuelto ya el matrimonio paga algo por razon de ella, no podrá recobrarlo (2263 C.) Aun disuelto el matrimonio, la muger podrá oponer la nulidad; pero si prefiere sostenerla, podrá exigir su cumplimiento, si el marido murió ignorando la obligacion contraida: nó, si la supo y la desaprobó. El marido siempre podrá reclamar lo que á consecuencia de la obligacion haya pagado la muger, porque esta carecia de capacidad para pagar.

VI.

EFECTOS DE LA AUTORIZACION JUDICIAL.

La autorizacion judicial representa la del marido (fr. 1. ᵃ 157 C.) y produce los mismos efectos, salvo las diferencias que van á espresarse:

1. ᵃ—Si la muger ha sido autorizada por el marido, ó lo ha sido judicialmente por impedimento accidental de éste en casos urgentes y pudiendo presumirse su consentimiento, obliga al marido en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera de él, y obliga además los bienes própios de ella, hasta la concurrencia del beneficio particular que ella reporte del acto (fr. 2. ᵃ 157 C.)

436—Por el contrario, si la autorizacion judicial es dada contra la voluntad del marido, la muger queda

obligada principalmente en sus bienes própios, y no quedan obligados el haber social ni los bienes del marido sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad ó el marido hubieren reportado del acto (fr. 3. ª 157 C.)

437—La razon es que cuando la autorizacion judicial se dá por ausencia ó impedimento del marido, pero sin oposicion de él, y mas bien, con su consentimiento presunto, se reputa dada por él mismo, y debe responder de las consecuencias del acto reputado suyo, lo mismo que si efectivamente lo fuera; mas cuando es dada contra su voluntad, no puede reputarse suyo el acto autorizado, y no debe responder de sus consecuencias, sino en cuanto le reporte provecho, pues la equidad obsta á que se enriquezca con detrimento de otro. Esta responsabilidad subsidiaria evita colusiones y fraudes, ya que si no la tuviese el marido por el acto de la mujer judicialmente autorizada, le bastaria negarle siempre su autorizacion y obligarla á que, contra la voluntad de él, obtuviera la del Juez, para quedar así libre de responsabilidad y gozar sin embargo, de los provechos que se reportaran del acto.

438—2. ª—El Juez debe conceder la autorizacion expresamente, y no puede ratificar lo hecho sin ella: así lo demuestra la exigencia del prévio conocimiento de causa que no recae sobre hechos consumados. Lo hecho pues, por la muger sola, en caso de ausencia ó impedimento del marido, como que es un hecho acabado que ya fué ventajoso ó perjudicial, queda reservado á la apreciacion del marido para ser ó no ratificado.

———

VII.

EXCEPCIONES RELATIVAS Á LA PROFESION Ú OFICIO DE LA MUGER.

439—Las reglas generales para las relaciones entre esposos tienen algunas excepciones de las que unas se producen en el estado anormal del matrimonio, y son las relativas á la separacion de bienes y al divorcio; y otras en su estado normal, y son las que se refieren á la profesion ú oficio que ejerza la muger, de lo cual va á tratarse.

440—Estas últimas modifican solamente las reglas sobre incapacidad de la muger casada, porque en el ejercicio de su industria ó profesion la muger necesita de autorizacion; pero no es necesario que sea expresa sino que la ley entónces la presume. La modificacion consiste así en que por razon del giro de la muger, la ley cambia de presuncion legal, y en vez de exigir la prueba de la autorizacion como en los casos comunes, presume que la tiene la muger en el ejercicio de la profesion, industria ú oficio, á ménos que haya prueba de lo contrario.

441—Fundada la incapacidad de la muger en el órden de la sociedad cónyugal, comprende la excepcion no solo á la muger mercadera, sino á la que ejerce industria ó profesion separada, porque el ejercicio de esa industria ó profesion no perjudica á la administra-

cion general del marido. Así pues, si la muger casada ejerce públicamente una profesion ó industria cualquiera, como la de Directora de Colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza, ó ejerce el comercio, se presume la autorizacion general del marido para todos los actos y contratos concernientes á su profesion ó industria, miéntras no intervenga reclamacion ó protesta de él, notificada de antemano al público, ó especialmente al que contratare con la muger casada (160 C. y 12 C. Com.)

442—La muger casada mercadera está sujeta ademas á otras reglas especiales determinadas en el Código de Comercio (161 C.) Segun ellas, para que sea reputada tal mercadera es indispensable que haga un comercio separado del de su marido (14 C. Com.); y puede ejercerlo, si es mayor de 21 años y tiene autorizacion expresa de él dada en escritura pública; ó si está legalmente divorciada, ó por lo ménos, separada de bienes. En el primer caso, quedan responsables los bienes dotales y parafernales de la muger, y los derechos de ámbos cónyuges en la sociedad. En el segundo caso, están obligados todos los bienes propios de la muger (10 id.)

443—La muger casada mercadera puede hipotecar libremente sus bienes raices para seguridad de sus obligaciones mercantiles, pero no los inmuebles de su marido, ni los que pertenecen á la sociedad conyugal, á no ser que en la escritura de autorizacion para dedicarse al comercio, le haya dado el marido facultad, expresa y especial para ello (11 id.), en cuyo caso, procede como mandataria de él. Puede tambien la muger comparecer en juicio por sí sola en las cuestiones relativas á su comercio (15 id); y cuando el marido

revoque la autorizacion dada á su muger para comerciar, debe publicar un extracto de la escritura revocatoria, bajo pena de responder á los terceros de buena fé, de las obligaciones que la muger contrajere despues de la revocacion.

PARRAFO TERCERO.

PRINCIPALES EFECTOS CIVILES QUE PRODUCE EL MATRIMONIO.

444—De la naturaleza misma de la institucion del matrimonio y de las relaciones que produce entre marido y muger, resultan importantes efectos de los que se enumerarán los principales que son los que siguen: 1.° —Se forma una sociedad legal de bienes entre marido y muger (1090 C.), y el marido es administrador de esos bienes con excepcion de los parafernales que no le hayan sido entregados (1091 C.) 2.°-En virtud de la administracion, el marido representa en juicio á su muger, siendo defensor nato de ella; y su tutor, si ella es menor (419 C.) 3.° —Toma posesion en nombre de ella (2.° 528 C.) 4.° –Puede reclamar la devolucion de lo que ella haya perdido al juego (1864 C.) y reclamar el depósito hecho por ella ántes del matrimonio; ó despues de él, sin su autorizacion (4.° 1968 C. y 1970 C.) 5.° Puede formar sociedad con los bienes de la muger; pero ha de ser singular ó particular, esto es, para una negociacion determinada, y no general (1784 C.) 6.° Puede pedir con el consenti-

miento de la muger, particion de bienes á nombre de ésta, ó autorizarla para que la pida, debiendo el Juez, en su caso, suplir la falta del uno ó de la otra (1018 C.) 7.° Como conserva la muger, no obstante la administracion del marido, su dominio en los bienes dotales que sean inmuebles, alhajas ó cosas que no se consumen con el uso, el marido no puede sin el consentimiento de ella, enagenarlos, hipotecarlos ni empeñarlos (205 Dec. de Ref. núm. 272); pero sí, en caso de necesidad ó por indivision del inmueble (1129 y 1130 C.), teniendo la muger hipoteca legal en los bienes del marido (2050 y 1122 C.) 8. ° La muger no puede ser mandataria ó procuradora sino del marido (3. ° 133 C. Pr.)

445.—Las mismas relaciones crean algunos efectos como los siguientes:

1.°—Se acaba la patria potestad (inc 4.° artículo 292 C.)

2.°—Se legitiman los hijos procreados ántes entre los cónyuges, que sean reconocidos (258 C.)

3.°—Se produce el parentesco de afinidad, por el cual cada cónyuge está, respecto de los parientes del otro, en igual grado de afinidad que aquel lo está de consanguinidad (960 C.)

4.°—Se acaba la tutela de la muger menor (392 C. inc. 6. °).

5.°—El marido mayor de 18 años puede administrar sus bienes y los de su muger. (49 Dec. de Ref. número 272).

446.—Son derechos entre ellos:

1.°—El de sucesion recíproca abintestato, en defecto de descendientes y ascendientes (173 Dec. de Ref. cit).

2.°—El de pedir la posesion proindiviso en los

bienes del cónyuge premuerto (1.° 1112 C. Pr.)

3.°—El de administrar los bienes del cónyuge ausente, en defecto de apoderado (86 C.)

447—Del mismo modo hay entre ellos varias restricciones que van á enumerarse.

1.ª—No corre entre ellos la prescripcion (127 Dec. de Ref. cit.)

2.ª—El marido no puede comprar de su muger, ni ésta de aquel (1516 C.)

3.ª—El cónyuge y sus parientes dentro del segundo grado, no pueden ser testigos por regla general, en los pleitos del otro cónyuge (2.° y 3.° art.790 C. Pr.) ni en los testamentos en que se le instituya por heredero (2.° 156 Dec. de Ref. núm 272.)

TITULO SETIMO.

SEPARACION DE BIENES.

PARRAFO PRIMERO.

SEPARACION Y SUS CAUSAS.

I.

448—Las reglas generales consignadas ya para la administracion de los bienes en el matrimonio, son aplicables en su estado normal, esto es, mientras subsiste la sociedad de personas y de bienes entre los cónyuges. Si se disuelve una, ó ambas, se produce un estado anormal que forma excepciones á las reglas de que se ha hecho referencia. Se disuelven ambas socie-

dades en el caso de divorcio perpétuo; y una sola, la de los bienes, en el de simple separacion de bienes, de la cual va á tratarse.

449—Definicion. *Simple separacion de bienes* es la que se verifica sin separarse las personas de los cónyuges, esto es, sin divorcio: puede tener lugar en virtud de decreto judicial,, ó por convenio ó por disposicion de la ley (1164 C); y se llama *simple* para distinguirla de la doble separacion de personas y de bienes que tiene lugar en el divorcio. El caso de separacion por decreto judicial se distingue de aquel en que tiene lugar por disposicion de la ley en que, en este último, por ministerio de ésta misma, y sin necesidad de otra cosa, porque es consecuencia forzosa de algun hecho, tiene lugar la separacion.

450—La separacion de bienes puede ser *total* ó *parcial*. La primera abraza la totalidad de los bienes, é importa la disolucion de la sociedad conyugal. La segunda elimina solo una parte de los bienes de la muger de la administracion del marido.

451—La separacion total tiene lugar por decreto de Juez ó por convenio: la parcial, por ministerio de la ley. Se hablará 1.° de las causas de separacion: 2.° de quienes pueden pedirla: 3.° de sus formalidades: 4.° de sus efectos: 5.° de su terminacion; y 6.° de la separacion parcial de bienes.

II.

452—Causas de la separacion. La separacion de bienes trae su orígen del sistema romano de la resti-

tucion de la dote que podia pedir la muger, siempre que peligrára en manos del marido y no sirviera para su fin, que era sostener las cargas del matrimonio. Las causales para pedirla son cuatro, á saber: *insolvencia del marido: administracion fraudulenta de éste: conducta que haga temer la insolvencia* como si fuese jugador habitual ó de profesion (1167 C.); y *ausencia* que ha dado lugar á la posesion provisional ó definitiva, ó su *condenacion á penas* que lleven consigo la interdiccion civil, ó la privacion del derecho de patria potestad, ó de la autoridad marital (1169 C.) Acerca de la insolvencia, para establecerla se ha tomado por base el principio de que tratándose de salvar los intereses de la muger, no es necesario que el mal estado de los negocios del marido provenga de culpa ó mala conducta de él: la insolvencia siempre es causa de peligro para la restitucion de los bienes de la muger, y ese peligro es el fundamento para la separacion. Algunos, como Troplong, la han objetado hallando contrario á los principios de la union conyugal, autorizar á la muger para pedir separacion de bienes, precisamente cuando el marido ha venido á pobreza sin su culpa y necesita del auxilio de aquellos bienes; pero debe advertirse que, por la separacion, no acaba para la mujer la obligacion de contribuir por su parte á las cargas del matrimonio; y si el marido carece absolutamente de bienes, debe ella proveer á las necesidades de éste y de la familia comun (1176 C.) Así, la separacion no perjudica al marido insolvente, sino, como expresa Chacon, lo favorece porque pone en salvo un fondo destinado á la familia, fondo que en su poder corria riesgo y sobre el cual pretenderian hacerse efectivas las acciones de terceros.

453—ADMINISTRACION FRAUDULENTA. Esta causal se funda en la razon de conveniencia que, para ese caso, justifica la disolucion de cualquiera sociedad. Habrá lugar á esta separacion sea que la defraudacion recaiga sobre los bienes de la muger ó sobre los bienes sociales, porque el artículo 1167 C. al designar la causal, no hace distincion entre estas dos clases de bienes.

454—DISIPACION DEL MARIDO. Cuando el marido es jugador habitual ó de profesion, está en el camino de la insolvencia, y su administracion puede equipararse á la fraudulenta. Por razones análogas puede, pues, pedirse la separacion.

455—En cualquiera de estos casos, puede el marido oponerse á la separacion prestando fianzas ó hipotecas que garanticen suficientemente los intereses de su muger (1168 C.); porque siendo el objeto de la separacion ponerlos en salvo, desde que quedan así plenamente resguardados, queda satisfecho ese objeto y conciliados ya, equitativa y prudentemente, los recíprocos intereses, y debe evitarse el remedio extremo de la separacion. La palabra intereses de que se vale la ley, á diferencia de la de bienes, dá á entender que esas seguridades deben extenderse nó precisamente solo á lo aportado por ella sino á todo lo que pueda corresponderle.

456—AUSENCIA Ó CONDENACION DEL MARIDO. Procede tambien la separacion de bienes si el marido ha sido condenado á alguna pena que lleve consigo la interdiccion civil, ó la privacion del derecho de patria potestad ó de la autoridad marital; ó si hubiere sido declarado ausente, y en esa virtud se hubiese manda-

do dar la posesion definitiva ó provisional de sus bienes (1169 C), bastando en este caso para decretarse, que se presente la ejecutoria dada contra el marido culpable ó ausente (1170 C.) La inhabilitacion para el ejercicio de los derechos de familia quita el ejercicio de los de patria potestad, autoridad marital, administracion de sus bienes y derecho de disponer de ellos por acto entre vivos (fr. 2.ª 31 C. Pen.) y la llevan consigo la pena de muerte no ejecutada por indulto, y las de presidio con calidad de retencion y prision ordinaria (35, 36 y 37 C. Pen.); y no administrando ya sus bienes, menos puede continuar manejando los de la mujer. En la posesion provisional, y al decretarse, debe hacerse particion de bienes de la sociedad conyugal (97 C.): basta que se presente la ejecutoria en que se dé, porque la separacion de los bienes es uno de los efectos y consecuencias de ella.

PARRAFO SEGUNDO.

QUIENES PUEDEN PEDIR LA SEPARACION DE BIENES.

457—La ley establece la separacion en provecho de la muger, y en resguardo de las amplias facultades que confiere al marido. Pudiendo el marido, administrador nato de los bienes de la sociedad conyugal, abusar de su derecho, ha debido darse á la muger un recurso contra el abuso, y se ha creado así la separacion de bienes, para defenderla de él y de las consecuencias ruinosas de la administracion incapaz ó frau-

dulenta, ó de la disipacion del marido.

458—Rigiéndose entre nosotros la sociedad conyugal por el principio de la comunidad, no es preciso para qne haya lugar á la separacion, que la dote esté en peligro, sino que basta que corran riesgo los bienes comunes ó los de la muger, y hay entónces no simple restitucion sino disolucion de la comunidad. En consecuencia, puede la muger solicitar la separacion, no solo cuando llevó dote sino tambien cuando nada lleva, porque siempre hay de su parte una colaboracion de todos los dias que tiene su representacion en el activo social, porque se reputa haber contribuido á formarlo, conservarlo y mejorarlo, concurriendo con sus brazos, su economía, sus cuidados domésticos (Marcadé.) Tanta importancia se da á este beneficio que, para contrapesar el poder marital está prohibido expresamente á la muger, que renuncie en las capitulaciones matrimoniales, á la facultad de pedir la separacion de bienes á que le dan derecho; y que la renuncia que hiciere, es nula (1165 C.)

PARRAFO TERCERO.

Formalidades de la separacion.

459—La separacion de bienes que se efectúa por decreto judicial, debe ser con conocimiento de causa, es decir, se necesita que la muger aduzca y pruebe los hechos que justifiquen la adopcion de esa medida. Si el marido, teniendo conciencia de esos hechos, conviene

en una separacion voluntaria, con el fin de evitar el juicio y que se hagan públicos sus fraudes, el mal estado de sus negocios ó la disipacion de su conducta, la ley se lo permite pareciendo natural que se consigne el convenio en instrumento público. Inconsecuente con esto era la disposicion de que en el juicio de separacion de bienes por el mal estado de los negocios del marido, la confesion de éste no hacia prueba (1172 C.) Tal disposicion solo estaria bien cuando no se autorizara la separacion por convenio, pues entónces, para evitar la colusion que podria haber entre marido y muger, era necesario que los hechos que á ésta sirven de fundamento, fueran justificados por otros medios diversos de la confesion del marido. Si puede haber convenio extrajudicial ¿porqué no judicial? Por eso se suprimió ese artículo por el 209 del Decreto de Reformas N.° 272.

460—La muger, autorizada por la ley para estar en juicio en los pleitos con su marido (46 Dec. de Ref. N.° 272.), puede entablar el pleito de separacion sin necesidad de autorizacion de ninguna especie, pero si es menor, debe ser autorizada por un tutor especial (1166 C.), porque siendo la separacion un asunto tan grave que deroga las reglas normales de la sociedad conyugal, se necesita esa formalidad para que la demanda que inicia negocio de tanta significacion y trascendencia, sea resultado de una madura deliberacion.

461—Como la separacion produce la disolucion de la sociedad conyugal, para que el marido durante el juicio no hipoteque, enagene ó arriende por largo tiempo los bienes por cualquier precio, con el fin de reducirlos pronto á dinero y sustraerlo de la liquida-

cion correspondiente, demandada la separacion, puede el Juez, á peticion de la muger, tomar las providencias conducentes á la seguridad de los bienes de ella, mientras dure el juicio (1171 C.) Esto es indispensable desde que no se da efecto retroactivo á esa sentencia, ni se prescribe bajo pena de nulidad, la publicacion de la demanda.

PARRAFO CUARTO.

Efectos de la separacion.

462—El primer efecto de la separacion, es la disolucion de la sociedad conyugal. Decretada la separacion, se entregan á la muger los suyos y en cuanto á la division de los gananciales, se siguen las mismas reglas que en el caso de disolucion del matrimonio (1173 C.)

463—La muger no tiene desde entónces, parte alguna en las ganancias que provengan de la administracion del marido; y éste, á su vez, no la tendrá en las que provengan de la administracion de la muger (1174 C.)

464—La muger separada de bienes necesita de tutor ó guardador para la administracion de los suyos, en todos los casos en que, siendo soltera, necesita de curador para administrarlos, pues la separacion no le dá mas derechos (1179 C.) Este artículo establecia en su segunda fraccion que por esa tutela ó curaduría no cesaba la necesidad que la muger tenía de la au-

torizacion del marido, ó del Juez en subsidio, para estar en juicio; pero eso quedó alterado por el artículo 210 del Dec, de Ref. al Código Civil que cambió la última fraccion del artículo 1175 á que aquella se referia, y estableció que la muger no necesita de la autorizacion del marido, para estar en juicio en causas concernientes á la administracion que tenga por la separacion.

465—Otro efecto de la sentencia de separacion, es que la muger recobra el ejercicio de su capacidad civil. La medida en que la recobra, la dá la consideracion de que, siendo recurso extremo y excepcional en el matrimonio, no debe tener mas efectos que los que bastan para evitar el mal que hace indispensable adoptarlo, sin producir otro mal mayor.

466—En consecuencia, adquiere la muger el ejercicio de su capacidad, y no necesita de la autorizacion del marido, pero solamente para los actos y contratos relativos á la administracion y goce de los bienes que separadamente administra. Para todo acto que no sea de esta especie, necesita la muger de la autorizacion del marido ó del Juez en subsidio, conforme á las reglas generales (1.° 1175 y 2.° 159 C.)

467—La muger, conforme á la última fraccion del artículo citado, necesitaba de la autorizacion del marido ó del Juez en subsidio, para estar en juicio, aun en casos concernientes á su administracion separada; salvo en los casos especiales de ser acusada en causa criminal; ó demandar ó defenderse en los pléitos con su marido, pero esto se alteró con razon, segun ya se expuso, por el artículo 210 del Dec. de Ref. N.° 272, pues no subsistiendo ya las razones de la unidad de la sociedad en el matrimonio, y pudiendo la muger ad-

ministrar sus bienes, no hay razon para que, por sí, no pueda parecer en juicio por razon de ellos.

468—La muger tampoco necesita de la autorizacion del marido, para enagenar á cualquier título, oneroso ó lucrativo, los bienes muebles que separadamente administra (2.ª 1175 C.) porque esa facultad es inherente al derecho de administracion.

469—Debe notarse que la muger separada de bienes que, con autorizacion del marido, ejecuta actos que no tienen por causa la administracion ó goce, no obliga al marido en sus bienes conforme á las reglas generales (157 C.) La razon es que, en el estado de separacion, la autorizacion del marido reconoce diferente motivo del que tiene en el estado normal del matrimonio. Mientras subsiste la sociedad conyugal, depende de su caracter de Jefe y administrador; y así, deben reputarse suyos los actos que él autoriza; pero disuelta la sociedad, su autorizacion solo se esplica como un simple derecho de vigilancia, ó mas bien, como una formalidad que la ley requiere para habilitar á la muger y que, en rigor, sería mas consecuente suprimir. Así, el Código declara que la simple autorizacion del marido no le constituye responsable, á no ser cuando hubiere accedido como fiador ó de otro modo á las obligaciones contraidas por la muger (1177 C.)

470—En los actos de la mujer que hubiesen sido beneficiosos al marido, éste es responsable tanto cuanto se extendió su provecho, esto es, á prorata del beneficio que hubiere reportado de las obligaciones contraidas por la muger, comprendiendo en este beneficio el de la familia comun, en la parte que, de derecho, haya él debido proveer á las necesidades de és-

ta, pues de otro modo se haría mas rico en detrimento de tercero (fr. 2.ª 1177 C.) El beneficio del marido debe probarse por el que lo haga responsable, segun las reglas generales.

471—En cuanto á los actos ó contratos que legítimamente han podido celebrarse por la muger, los acreedores tienen desde luego expedita su accion contra los bienes de ella (1177 C.)

472—Si la muger separada de bienes confiere al marido la administracion de una parte de los suyos, solo quedará obligado á ella como simple mandatario, puesto que ya no tiene sobre ellos el caracter de administrador legal ni la responsabilidad de tal (1178 C.)

473—La sentencia de separacion surte como último efecto, el de modificar la distribucion de las cargas del matrimonio entre los cónyuges. En el estado normal del matrimonio, son cargas de la sociedad que pesan sobre el marido, la crianza, alimentacion y educacion de los hijos comunes (148 C.), mientras que, en el estado de separacion, ambos cónyuges, deben proveer á las necesidades de la familia comun en proporcion de sus facultades, ya que ese estado no pone fin á las obligaciones que tienen en su calidad de padres. El Juez, en caso necesario, regula la cuota con que cada uno debe contribuir (1176 C.) Ese fondo podrá ser administrado por el cónyuge que el Juez designe, para no destruir los benéficos efectos de la separacion.

PARRAFO QUINTO.

TERMINACION DE LA SEPARACION.

474—La condicion para que termine la separacion pronunciada judicialmente, por el mal estado de los negocios del marido ó por disipacion, es que haya un convenio extrajudicial ó judicial. El consentimiento de los esposos es necesario porque, siendo por la separacion dos personas jurídicas distintas, no puede restablecerse la sociedad sino por la voluntad de ambos, tanto mas cuanto que se afectan interéses de terceros, pues extinguida la responsabilidad civil de la muger, el marido queda responsable de las deudas y obligaciones contraidas por ella, durante la separacion. No bastaba el simple acuerdo de los cónyuges para el restablecimiento (1180 C.) sino que se requería decreto judicial, con el objeto sin duda de que no pudieran burlarse los derechos de terceros, y para que no se inutilizara el beneficio de la separacion, quedándo expuesta la muger á los mismos peligros que ántes; mas establecido que la separacion puede hacerse por mútuo convenio, debia poder terminar del mismo modo, y así lo establece el artículo 212 del Dec. de Ref. N.° 272; pero sí deberá constar ese convenio de un modo inequívoco, siendo el mas seguro el documento público ó auténtico.

475—Cuando termina la separacion, la sociedad conyugal se restablece á su estado anterior, sin admitirse condicion que derogue las estipulaciones que preceden al matrimonio: de lo contrario, se autorizaria la alteracion de las capitulaciones matrimonia-

les, formándose así una nueva sociedad, y no un restablecimiento de la primera. Como ese restablecimiento no importa, sino la restitucion de las cosas al estado anterior, borra tan completamente las huellas de la separacion que se reputa, segun la doctrina de Chacon, que ésta nunca tuvo lugar. La separacion se considera entónces como una simple medida provisional ó de seguridad, que no crea derechos permanentes; y en consecuencia, los acrecimientos ó gravámenes que hayan experimentado los bienes de cada cónyuge durante la separacion, se reputan adquisiciones ó cargos de la sociedad; y el marido, al paso que recobra la administracion de los bienes de la muger y los derechos consiguientes, se hace responsable de las obligaciones legítimas contraidas por ella, durante la separacion (1181 C.) Sin embargo, para poner á cubierto su responsabilidad, podrá hacer constar, por inventario solemne ó judicial que debe protocolizarse, los bienes de la muger que entren de nuevo bajo su administracion; y en ese caso, solo responde por las obligaciones de ella, hasta la concurrencia de díchos bienes (fr. 2.ª artículo citado.) Con esta precaucion, se evita el inconveniente que pudiera suponerse de hacer difícil el término de la separacion, por el temor de participar de la responsabilidad de los actos ejecutados durante la separacion.

476—La separacion se tiene como no ocurrida, solamente respecto de los cónyuges entre sí; mas no respecto de terceros. Como estos trataron con la muger en virtud de la autorizacion para administrar que le dió la sentencia de separacion, valen, respecto de ellos, todos los actos ejecutados legítimamente por la

mujer durante la separacion, como si los hubiese autorizado la justicia (1181 C.)

PARRAFO SEXTO.

SEPARACION PARCIAL DE BIENES.

477–La separacion *parcial* es *la que recae sobre una parte de los bienes;* y aunque se trata junto con la total, es de muy diferente naturaleza; y solo se equiparan en que ambas forman excepcion á las reglas generales del matrimonio, por lo que toca á los bienes. Se diferencian notablemente, porque la total modifica el estado civil de la mujer y la dá personalidad legal; y la parcial nó, sino que solo la deja la administracion de ciertos fondos.

478—La separacion parcial tiene lugar en dos casos y de dos modos diferentes.

1.°—Por convencion preliminar entre los esposos, esto es, cuando en las capitulaciones matrimoniales, se estipula que la muger administre separadamente alguna parte de sus bienes (1183 C.)

2.°—Por donacion entre vivos ó por causa de muerte que contenga la expresa condicion, aceptada por el marido ó por el Juez en subsidio, de que el marido no administre las cosas donadas ó dejadas por herencia ó legado (1182 C.)

479—En este segundo caso, el marido debe préviamente exigir que se acepte la herencia con beneficio de inventario, so pena de constituirse responsable con sus bienes á las resultas de la aceptacion

(Regla 1.ª 1182 C.)

480—En la separacion parcial se siguen las mismas reglas que en la separacion total de bienes.

481—Con respecto á las cosas donadas, heredadas ó legadas bajo condicion que no las administre el marido, éste no es responsable por su simple autorizacion para contratar: la mujer solo podrá ejecutar los actos de mera administracion y goce; mas no los de libre disposicion: deberá contribuir proporcionalmente á las necesidades de la familia comun: si confiere al marido la administracion de alguna parte de los bienes, él solo queda obligado como mandatario; y, por último, si es menor de edad, se le dará tutor específico que administre los bienes separados, sin perjuicio del derecho del marido, de autorizar á su mujer para estar en juicio (2.ª Regla 1182 C.)

482—Los contratos de la mujer en que no aparece la autorizacion del marido y que hayan podido celebrarse por ella sin tal autorizacion, la obligan en los bienes que, separados, administra (Regla 3.ª 1182 C.)

483—Los contratos autorizados por el marido, ó por el Juez en subsidio, obligan al marido en sus bienes y subsidiariamente, á la mujer en los suyos (Regla 4.ª 1182 C.)

484—En la separacion parcial de bienes son exclusivamente de la mujer, las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera del mismo modo que en la separacion total de bienes (Regla 5.ª 1182 C.)

485—Para concluir, se advertirá que el acto de la separacion de bienes, como que modifica la capacidad civil, ya proceda de convenio entre los cónyuges ó de

sentencia judicial, debe anotarse al márgen de la inscripcion matrimonial en el Registro Civil. La nota marginal debe contener la fecha del documento en que conste la separacion, los nombres de los cónyuges, del Juez que dicta la separacion ó la aprueba, y del Escribano que autoriza, expresando además las causas que motivan el decreto ó en las que se funda el convenio, si en dicho documento se determinan (1184 C. y fr. 2.ª 57 y 116 Dec. de Reformas N.° 272.)

TITULO OCTAVO.

DEL DIVORCIO.

PARRAFO PRIMERO.

Divorcio y sus causales.

I.

486—Establecida por la ley la indisolubilidad del matrimonio, el divorcio no es hoy entre nosotros la disolucion ó insubsistencia del vínculo conyugal, sino solo la separacion de los casados, subsistiendo por consiguiente, la recíproca obligacion de no contraer otro enlace. Lo consideran nuestras leyes como el remedio de un mal mayor, cuando los inconvenientes que ese estado anormal produce á los esposos y á sus hijos, son menores que los que resultan de la continuacion de la vida comun entre dos personas que no pueden guardar la paz y la armonía necesarias. Pue-

de definirse: *el estado de separacion de personas y bienes de los cónyuges, que sin disolver el vínculo del matrimonio, declara la autoridad judicial, mediando las causas determinadas por la ley,*

487—Segun esta definicion, para el divorcio debe concurrir: 1.° causa legal: 2.° declaracion de la autoridad judicial.

488—La ley no admite como causas motivos lijeros, como las pequeñas diferencias que suelen ocurrir en las familias, y pueden estimarse como inevitables y pasajeras, sino motivos graves, de aquellos que hacen que el matrimonio falte á su objeto, y que esa sociedad, en vez de tener atractivos y de ser fuente de felicidad para los esposos, contraríe sus afecciones y los condene á un sufrimiento contínuo, de suerte que resulte que es imposible ó peligrosa la vida comun, ó aparezca claramente que los cónyuges no se profesan el cariño que se prometieron al casarse. Exigiéndose estos motivos que sean de carácter tal que pongan en peligro la moralidad de la familia, ó lastimen profundamente los derechos y sentimientos de los cónyuges, no se reconoce hoy el divorcio fundado simplemente en el mútuo consentimiento de los cónyuges.

489—De las causales del divorcio, unas son comunes á ambos consortes, y otras relativas solo al marido ó solo á la mujer.

490—Son comunes á ambos;

1.ª—*La sevicia ó trato cruel y el ódio manifestado por frecuentes riñas graves* (4.° 53 Dec. de Ref. N.° 272); porque entónces, el matrimonio, lejos de ser la comunicacion de cariño y consideraciones de los esposos, es una situacion violenta é insostenible y ocasionada á males de trascendencia. Ordinariamente se

ha supuesto que la sevicia ó trato cruel solo podia existir de parte del marido contra la mujer; y aunque esto será lo comun, si se da el caso excepcional de que exista de parte de una mujer fuerte y áspera é irritable contra un marido débil y tímido, éste podria invocar esa causal para pedir el divorcio. No deberán considerarse como sevicia ó trato cruel las desavenencias y rencillas pasajeras, ni los desagrados de poca importancia, sino lo que realmente haya de estimarse de gravedad segun la prudencia del Juez; pero no será necesario que haya heridas, golpes ó malos tratamientos de obra que puedan alterar la salud ú ocasionar la muerte, bastando muchas veces para constituirlas, segun las circunstancias, las injurias continuadas ó las amenazas y otros manejos que, como algunos expositores han observado ya, pueden dejar en una persona delicada huellas mas profundas que los mismos hechos; y que, aun cuando materialmente no constituyeran sevicia, sí serian la manifestacion de un ódio declarado.

2.ª—*El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro* (3.° 53 Dec. de Ref. cit.); porque un hecho que revela tan profunda animadversion, es abiertamente opuesto á la subsistencia del matrimonio, y no deja, para lo futuro, ninguna tranquilidad ni garantir al cónyuge contra quien se hubieran dirigido las asechanzas del otro.

3.ª—*La ausencia sin justa causa por mas de cinco años* (7.° 53 Dec. cit.) Con ella se manifiesta una intencion decidida de no hacer vida comun, abandonando el cuidado de la familia y los intereses de la sociedad conyugal; y así, hay motivo para justa desconfianza de parte del que sufre ese abandono, cuya

causa mas probable es el disgusto doméstico ó el aborrecimiento del consorte.

491—La demencia, la enfermedad contagiosa ú otra calamidad semejante de uno de los cónyujes, ha sido y es todavía en algunos códigos, justa causa de divorcio, sobre todo cuando puede peligrar la vida ó la salud del otro cónyuge. Nuestra ley, separándose de ellos, declara que ni la demencia, ni la enfermedad contagiosa ni otra desgracia semejante autoriza el divorcio; pero siendo necesario ocurrir, por lo ménos al peligro que en realidad puede haber, el Juez, con conocimiento de causa y á instancia del otro cónyuge, podrá suspender breve y sumariamente, en cualquiera de esos casos, la vida y habitacion comun; pero quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el cónyuge desgraciado (171 C.)

II.

492—Son causas de divorcio que puede alegar el marido:

1ª—*El adulterio de la muger* (1.° 53 Dec. de Ref. núm. 272); porque la falta cometida por ella destruye el mas importante y delicado de sus deberes: con ella puede introducir á la familia hijos que no sean del, marido y que usurpen injustamente los derechos de sucesion propios de los herederos legítimos de éste, y le causa en su honra la mas profunda herida. Por eso se han reconocido siempre notables diferencias entre el adulterio de la muger y las relaciones que con otra pueda tener el marido. Así es que, atendiendo á las condiciones especiales de los sexos, y á las obligaciones que resultan para ambos de la naturaleza del contrato, para que la falta de éste sea causal de

divorcio, es preciso que vaya acompañada de actos que ultrajen la dignidad de la mujer, ó destruyan la moralidad y paz de la familia. Debe advertirse que, en obsequio de la subsistencia del matrimonio y por la delicadeza con que debe procederse en materia de separacion y en la imposicion de una pena, la ejecutoria por adulterio en causa de divorcio, surtirá sus efectos plenamente en lo penal, cuando fuere absolutoria; pero si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposicion de castigo (285 C. Penal.) Aunque la ley no lo declara expresamente, es natural sostener que el marido no podrá intentar el divorcio por adulterio de su mujer, cuando la haya inducido á él, ó lo haya consentido, porque entónces la mas repugnante criminalidad está de su parte; ni tampoco cuando sabedor de la falta, él que es el Juez de su honra, la perdona expresamente, ú olvidando su agravio, se conduce de modo que el perdon deba presumirse, como si continúa haciendo vida comun con ella. Así tambien, el perdon otorgado y la remision hecha deben estimarse irrevocables respecto de las faltas en que recayeron, pues lo contrario sería una burla para la mujer; y si la ley hace cesar por la reconciliacion aun el divorcio declarado ya (179 C.), con mayor razon debe quitar por ella, la accion para intentarlo.

2ª—*La negativa de la muger, sin graves y justas causas, á seguir á su marido* (6.° 53 Dec. de Ref. N.° 272.) Con ella, se falta tambien á uno de los primeros deberes que nacen del matrimonio, y el marido debe tener este medio de coercion indirecta para hacer que ella cumpla, ó para libertarse por su parte de las obligaciones que él á la vez contrajo.

III.

493—Son causas de divorcio que puede alegar la mujer:

1.ª—*El concubinato escandaloso, ó la incontinencia pública del marido* (2.° 53 Dec. de Ref. cit.) No basta pues, como antes se ha dicho ya, que el marido tenga relaciones con otra muger: es preciso que á ellas vaya unido el escándalo, una ofensa pública á lo moralidad de la familia y al decoro de la muger: que haya una vida de desórden, en que el marido quite sus cuidados, sus atenciones y sus bienes de su propia familia, perjudicando gravemente la educacion é intereses de ella. Desde luego deberá tenerse por escandaloso el concubinato del marido con manceba que tuviere dentro de la casa conyugal, por la ofensa á la mujer, y porque es uno de los casos en que aun se permite el ejercicio de accion penal (286 C. Penal.)

2.ª—*La negativa del marido á suministrar alimentos á su muger* (5.° 53 Dec. de Ref. núm. 272.) Deber del marido es proveer á su mujer de todo lo necesario para su subsistencia, y quien falta á él, debe ser privado de los derechos que tiene sobre la persona y bienes de su esposa, ya que, hasta cierto punto, puede decirse que atenta á su vida negando los alimentos que debe darla.

494—Hay que advertir, por último, que algunas de estas causas dan orígen, además de la accion civil de divorcio, á una accion penal cuando constituyen delito; y que el ejercicio de la una no obsta al de la otra.

PARRAFO SEGUNDO.

AUTORIDAD QUE INTERVIENE EN EL DIVORCIO.

495—No estando autorizado el divorcio por mútuo consentimiento, y requiriendo la ley para que tenga lugar, que medie alguna de las causales que designa, declara indispensable que intervenga la autoridad para examinar la existencia de esas causales y calificárlas. Debe pues, haber juicio y sentencia qué declare el divorcio. Segun el Código (169), esta sentencia debia emanar en algunos casos de la autoridad eclesiástica conforme al derecho canónico; pero establecido despues por Dec. de 1.° de Noviembre de 1879 que la ley solo reconoce como verdaderos y legítimos para los efectos civiles, los matrimonios celebrados ante la autoridad civil con las formalidades prescritas por el Código, el Dec. de 21 del mismo mes, declaró como consecuencia natural, en el artículo 18, que es hoy el 52 del Dec. de Ref. al Cód. Civ., que todo juicio sobre divorcio, validez ó nulidad de un matrimonio debe ventilarse, en la via ordinaria, ante el Juez de 1.ª Instancia respectivo; y ésto, aun respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad á la fecha del primer decreto citado. En tales juicios, no se pueden cobrar ningunos derechos (45 Dec. cit.)

496—El Juez competente es el del domicilio: la accion compete exclusivamente á los cónyuges, y de éstos, solo al que no dió causa al divorcio, á no ser que ambos sean culpables (fr. última 53 Dec. cit.), pues

á ningun otro debe permitirse que cuando ellos, por convenencia propia, por amor á la familia, por prudencia para evitar escándalos, ó por otras poderosas razones, no quieren usar de su derecho, vaya á sujetar á la publicidad y decision de los Tribunales, hechos sobre los que callan aquellos á quienes principal y directamente afectan, fuera de que seria dar una arma peligrosa contra la paz y seguridad de las familias. Por lo mismo que debe intervenir sentencia del Juez ordinario, y que no está admitido el divorcio por mútuo consentimiento, no será válida la transaccion que lo establezca (275 Dec. de Ref. 272); pero sí aquella en virtud de la cual se prescinda del ya intentado; y aunque la ley no incluia antes expresamente el divorcio en el número de las causas que pueden someterse á juicio de arbitros (37 C. Pr.), no debia tener lugar, así como no lo tenia en las cuestiones sobre filiacion, tan importantes como la de divorcio. Hoy lo establece ya así el artículo 14 del Dec. de Ref. al Cód. de pr. civiles. Parece tambien que es consecuencia legítima que la confesion del cónyuge demandado no haga prueba respecto de las causales del divorcio porque lo contrario sería incongruente con la no autorizacion del divorcio por mútuo consentimiento.

497—El Juez civil es el que naturalmente debe conocer tambien de todas las demandas relativas á los efectos del divorcio concernientes á los bienes de los cónyuges, á su libertad personal y á la crianza y educacion de los hijos (166 C.) Así es que él decide en órden á la habitacion y alimentos de la mujer en proporcion á sus circunstancias y á las del marido, y en órden á las expensas del pleito que deba suministrar-

la durante el juicio (51 Dec. de Ref. núm. 272.) Ejecutoriada la sentencia de divorcio, como que afecta tan directamente el estado civil, deberá remitirse en cópia al Registro respectivo y anotarse al márgen del acta de matrimonio (fr. 2.ª 57 y 116 Dec. cit.)

PARRAFO TERCERO.

MEDIDAS PRELIMINARES AL DIVORCIO.

498—A la declaratoria de divorcio preceden algunas medidas, incidentes del pleito ya comenzado, ó próximo á comenzarse. Su objeto es, unas veces poner á cubierto á la mujer de la opresion del marido, procurándole la libertad y los medios necesarios para que pueda sostener sus derechos; otras, consultar á la honra del marido, ó ver por la suerte de los hijos y evitar la malversacion que de los bienes de la mujer pudiera hacer la mala fé de su consorte.

I.

499—La primera de las medidas que pueden tener lugar, es la separacion provisional de los cónyuges, por el depósito de la mujer. Esta puede, durante el juicio, pedir que se le autorice para vivir separada de la casa comun (185 C.); y la razon es porque, cuando la disidencia entre ella y el marido llega al punto de que se intente el divorcio, la habitacion comun puede ser peligrosa para ella, y orígen de escándalos y desgracias. Puede pedir ese depósito la mujer, aun

antes de iniciado el pleito de divorcio siempre que se proponga intentarlo (1.° 1748 C. pr.), y debe hacerlo por solicitud escrita (1752 id.) al Juez de 1.ª Instancia de su domicilio, que es el que puede decretarlo 1749 y 1750 id.); pero si circunstancias especiales lo exigieren, podrá tambien el Juez del lugar en que ella se encuentre, decretar el depósito, interina y provisionalmente, remitiendo las diligencias al del domicilio, y poniendo la persona á su disposicion.

500—Si marido y mujer convienen en la casa en que tenga lugar el depósito, esa se designará: en caso contrario, será la de una persona honrada, de la confianza del Juez, quien podrá señalar, si le pareciere, alguna de las que marido y mujer hubieren indicado (1754 y 1755 id.)

501—Cuando el depósito se haya solicitado y acordado antes de iniciarse la demanda de divorcio, la mujer debe acreditar, dentro de un mes, haberlo ya intentado (1759 C. pr.); pero este término puede aumentarse con el término de la distancia, un dia por cada cinco leguas que haya entre el pueblo en que se constituye el depósito y el del lugar en que esté el Juez ó tribunal que hubiere de conocer del divorcio (1761 id.); y aun podrá prorogarse todavía si se comprobare que, por causas no imputables á la mujer, le ha sido imposible intentar la demanda (1764 id.) Si dentro de los términos expresados, no acreditare haberla iniciado, se levanta el depósito interino y se restituye á la mujer á la casa del marido (1766 id.); y si por el contrario, se justifica estar ya intentada la demanda, se ratifica el depósito provisionalmente constituido (1767 id.), pudiéndo entónces constituirse en otra persona que la mujer designe, aunque no sea

de la aprobacion del marido, si el Juez no hallare fundada la oposicion de éste (1768 id.) Esto para el caso en que la mujer pida el depósito y, bien sea ella demandante ó demandada en el juicio iniciado, y cualquiera que sea la causa en que se funde la demanda, porque la ley no hace distincion, y porque las mismas razones militan en uno y en otro caso.

502—Va á verse ahora lo que procede cuando el depósito es pedido por el marido. Segun el artículo 186 del Código Civil, está limitada la facultad del marido para pedir el depósito de la mujer, durante el divorcio, al caso en que ella haya abandonado la casa comun, mientras que conforme al inciso 2.° del artículo 1748 del Código de procedimientos civiles, podia decretarse el depósito de la mujer casada con solo que se acreditase que contra ella habia instaurado su marido demanda de divorcio. Para ponerlos de acuerdo, se modificó la disposicion del Código de procedimientos, estableciéndose por el artículo 316 del Dec. de Ref. núm. 273, que el depósito que puede decretarse á solicitud del marido, es el de la mujer que haya abandonado la casa comun, y contra la cual haya intentado él, demanda de divorcio ó acusacion de adulterio. Para hacer la modificacion en ese sentido, se tuvo presente la observacion de Pacheco, de que el depósito judicial impuesto á la mujer contra su voluntad, es ya una pena que necesita, por lo ménos, la presuncion de culpabilidad que fundadamente hace recaer sobre ella misma con el abandono de la casa comun. En los demás casos, aunque ella sea la demandada, su permanencia en la casa comun es una presuncion en favor de su inculpabilidad; y mientras no se declare el divorcio, el marido está obligado á te-

nerla en ella, á no ser que entónces la mujer haga uso de la facultad que le da el artículo 185 del Código Civil, para pedir y obtener la autorizacion de vivir separada. La casa en que se verifique el depósito, será aquella en que convengan marido y mujer; y si no convinieren, la que el marido designe, si no hubiere razon fundada que lo impida. Habiéndola, el Juez elegirá la que juzgue mas á propósito (1769 y 1770 C. pr.)

503—Sea que el depósito se constituya á peticion del marido ó de la mujer, en el acto de hacerse deben ser entregadas á ella su cama y ropa de uso, formándose de todo el oportuno inventario (1756 y 1771 C. pr.)

504—La mujer depositada en virtud de peticion de ella misma; y con mayor razon si lo ha sido á peticion del marido, está obligada á justificar, siempre que se le exija, su residencia en la casa que se le designó, porque debe cumplir el mandato judicial, y porque la separacion de la casa comun, si es para consultar la libertad de su defensa y su propia seguridad, es al mismo tiempo para dar al marido garantía en un punto que se relaciona estrechamente con su honra. Si la mujer no da esa justificacion, se sujeta á perder la pension alimenticia que debe pasarle el marido, ó á que se adopten contra ella, las precauciones de seguridad que éste solicite, como la traslacion á diferente habitacion, ú otras que sean admisibles segun la prudencia del juez (187 C.)

II.

505—Otro punto es el de los alimentos de la mujer durante el pleito de divorcio, y la suministracion

de expensas para éste. No declarado el divorcio todavía, y estando los bienes que puedan corresponder á la mujer en poder y bajo la administracion del marido, subsiste la obligacion de éste de darle alimentos, y aun la de darle todo lo que sea preciso para que haga valer sus derechos por el divorcio (51 Dec. de Ref. núm. 272.) El artículo 167 del Código, reformado por éste, no espresaba qué clase de alimentos habian de suministrarse: hoy queda claro que han de ser *civiles*, esto es, segun las facultades y situacion de ambos, porque hasta entónces, nada hay que altere lo dispuesto generalmente (152 C.); y la pension será regulada por el Juez, así como las cantidades que por litis expensas deba entregarle.

III.

506—Tambien interesa establecer garantias precautorias para los bienes de la mujer, por que pudiera haber maridos que, exasperados con la cuestion de divorcio, quisieran malbaratarlo todo por perjudicar á la mujer en venganza, ó que, con su mala conducta ó disipacion, lo perdieran, sin atender al derecho de la esposa ni á la suerte de los hijos.

Asi, la ley dá á la mujer, facultad para que durante el juicio, solicite que el marido asegure la conservacion de los bienes dotales y de cualesquiera otros de los que estaria obligado á devolver ó entregar en caso de declaracion de divorcio (188 y 1171 C.); y si el marido se resistiere á prestar la seguridad que el Juez estime procedente, éste nombrará un administrador de los bienes que deberian ser devueltos, el cual ha de tener las

mismas calidades y prestar las mismas garantias que se exigen á un tutor de menores (189 C.)

IV.

507—Una de las materias mas importantes en punto á divorcio, es la relativa á la persona en cuyo poder deben estar los hijos durante el pleito. Cesando la vida de familia, es indispensable determinar lo que toca á la crianza y educacion de los mismos, y al derecho del padre ó la madre para tenerlos en su poder.

508—En cuanto á los gastos de crianza y educacion, subsiste la obligacion del padre y de la madre de criar, alimentar y educar á sus hijos (148 C.) El Juez regulará la pension competente y la suministrará el marido que conserva los bienes en su poder; ó en falta de estos, ayudarán ámbos segun sus respectivas facultades y aptitudes.

509—Respecto á la distribucion de los hijos, la ley atiende á dos consideraciones: la edad y el sexo, fijándose siempre en la conveniencia de los hijos. La madre siempre vigilante y presente en el hogar, puede, con mejores condiciones que el padre, prestar á los hijos el cuidado asíduo y oportuno que reclaman los primeros años de la vida. Del mismo modo, es la madre quien puede prestar á las hijas mujeres en los diversos períodos de su vida, las atenciones y servicios especiales que demanda su sexo. (*Chacon.*) Por estas consideraciones, la ley establece que á la madre divorciada, haya dado ó no motivo al divorcio, toca cuidar personalmente de los hijos menores de cinco a-

ños, sin distincion de sexo, y de las hijas de toda edad (182 C.)

510—Esta regla no tiene lugar en los casos en que su aplicacion sea contraria á la conveniencia de los hijos. Así, no se confiará á la madre el cuidado de los hijos de cualquiera edad ó sexo, cuando por la depravacion de ella, sea de temer que se perviertan, lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado motivo al divorcio (182 C.) En estos casos, ó en el de hallarse inhabilitada la madre por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo, al padre (183 C.

511—Pasados los primeros años de la vida, los varones necesitan mas de la direccion y energía del padre; y por eso toca á éste, durante el divorcio, el cuidado de los hijos varones desde que han cumplido cinco años; pero por la misma razon de conveniencia de ellos, no se le confiarán cuando por su depravacion sea de temer que se perviertan. En este caso, lo mismo que en el de hallarse inhabilitado por otras causas, puede el Juez confiarlos á la madre (184 C.)

512—Si el padre y la madre fueren de mala conducta, ó estuvieren inhabilitados, parece que deberá el Juez confiar los hijos á una persona, pariente ó extraña, que reuna las mejores condiciones al efecto, sin perjuicio de que los padres puedan verlos con la frecuencia y libertad que el mismo Juez conceptúe prudente.

513—Lo dicho respecto de la persona que debe tener en su poder á los hijos durante el juicio de divorcio, rige igualmente despues de declarado éste, porque segun el epígrafe del párrafo respectivo en el Código,

esas reglas se observan durante el juicio de divorcio y despues de él. Todas las medidas de que se ha hecho mérito tienen lugar, lo mismo que en el juicio de divorcio, en el de nulidad de matrimonio, por mediar las mismas razones (190 C.)

PARRAFO CUARTO.

EFECTOS DEL DIVORCIO.

I.

514—El divorcio comprobado con la sentencia que lo pronunció, ó con cópia auténtica de ella, produce diversos é importantes efectos (art. 168.)

515—Relativamente á los bienes, el divorcio disuelve la sociedad legal (3. ° 1113 C.); y en consecuencia, se procede á la division de bienes como en caso de muerte, entregando á cada cual los que le corresponden. Si, separados los bienes, resultan todavia algunos derechos de un cónyuge contra el otro, puede éste adjudicar á aquel la parte de sus bienes própios que baste para el pago de esos derechos (1516 C.), pues, aunque por razones de conveniencia y moralidad, no puedan marido y mujer hacerse enagenaciones recíprocas, esas razones no existen en caso de divorcio ó separacion de bienes, porque entónces es necesario que la liquidacion y division se hagan sin que entre ellos quede pendiente ningun derecho. Fuera de este caso, subsiste, no obstante el divorcio, la prohibicion general.

II.

516—Cuando el adulterio de la mujer es lo que dá causa al divorcio, como pena para ella y por la extraordinaria gravedad de la causa, se establece el efecto civil de que el marido se mantiene en la administracion y gana el usufructo de los bienes de ella, excepto de aquellos que la mujer administre como separada de bienes, y de los que adquiera á cualquier título, despues del divorcio (172 C.) Si se diera aquí al divorcio el efecto própio y general del ejercicio de la capacidad civil y la administracion de los bienes, resultaria premiado ese crímen y alentada su perpetracion.

517—Para contrapesar entónces el poder que se da al marido sobre los bienes comunes y sobre los de la mujer, la ley da á ésta, en caso de administracion fraudulenta, el derecho de pedir que se pongan los bienes de ella á cargo de un administrador; y lo mismo si peligraren por una administracion imprudente ó descuidada; pero en éste último caso, podrá el marido retenerlos, prestando fianzas ó hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de su mujer, por que eso llena el objeto (173 C.) La ley, ya que aquí no puede haber lugar á separacion de bienes, pues que por disposicion de ella los retiene el marido, da á la mujer un recurso fundado en el mismo principio que la separacion, pero diverso de él en cuanto á que la muger no adquiere la administracion ni los frutos de esos bienes.

518—Pronunciado el divorcio por adulterio, pierde

tambien la mujer lo que le corresponde en los gananciales (1161 C); y si lo hubiere sido por abandono de la mujer de la casa comun, negándose sin graves y justas causas á vivir con el marido y á seguirlo, pierde los gananciales adquiridos durante todo el tiempo de la separacion, pues no debe participar de ellos, la que por culpa ó capricho, ha dejado de llenar los deberes conyugales y ha privado á la sociedad de su cooperacion (1158 y 1159 C.)

III.

519—El divorcio produce otros efectos penales en que están equiparados ambos cónyuges, porque se refieren á casos en que se trata principalmente de la indignidad del cónyuge ingrato para gozar de ciertos derechos establecidos bajo el supuesto de la paz y la observancia de los recíprocos deberes.

520—Así, el cónyuge inocente puede revocar las donaciones que, por razon de matrimonio, hubiere hecho el culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio (54 Dec. de Ref. núm. 272.)

521—Acerca de la pérdida del derecho para heredar abintestato en falta de ascendientes y descendientes, nada se hallaba dispuesto en el Código como regla general para todos los casos. Solo tratándose de la sucesion de los hijos ilegítimos, era cuando se establecia que en falta de descendientes y ascendientes con derecho de heredar, entrára el cónyuge sobreviviente que no estuviera separado por su culpa (regla 1.ª 980 C): como no habia razon para que se

limitára solo al caso de sucesion de hijos ilegítimos, se modificó el artículo 953 por el 173 del Dec. núm. 272, y se estableció ya como regla general que el derecho de herencia abintestato entre los cónyuges no tiene lugar en favor del que está divorciado por su culpa.

522—En lo que mira á alimentos, debe atenderse tambien á si el divorcio ha sido declarado por causa de la mujer ó del marido, y á si son ó nó pobres. Si el divorcio se declara por culpa del marido, y la mujer no tiene bienes, el Juez asignará en favor de ella, sobre los bienes ó industria del marido, una pension alimenticia, en cantidad proporcionada á las circunstancias de ambos; es decir, que procede decretar alimentos civiles (176 C.) Si es la mujer la que ha dado lugar al divorcio, el marido solo está obligado á proveerla de lo que necesite para su modesta sustentacion, porque no puede ser de igual condicion en ambos casos (178 C.); y si la causa del divorcio hubiere sido adulterio ú otro delito de la mujer, el marido no está obligado á suministrarle cosa alguna.

523—Tratándose de alimentos al marido, la mujer solo estará obligada á pasarle una pension, segun las circunstancias de ambos, si se reunen estas dos condiciones, 1.ª que elle sea la culpable del divorcio, 2.ª que ella sea rica y él pobre, porque solo la reunion de estas condiciones justifica una medida que no es la natural ordinariamente, pues por regla general, es el marido el que mantiene á la mujer (177 C.)

524—Relativamente á la permanencia de los hijos, estos continúan en poder de aquel á quien durante el

juicio de divorcio corresponde tenerlos; y no alterando esa declaracion los derechos de ellos á ser alimentados, la obligacion de los padres es la misma, y exigible en el mismo órden que durante el matrimonio, segun se verá mas adelante (238, 239 C. y 71 Dec de Ref. núm. 272.)

IV.

525—Efecto del divorcio es tambien que, verificada en virtud de él la separacion de bienes, recobre la muger su capacidad civil, y pueda administrar los bienes que ha sacado del poder de éste, ó que, despues del divorcio, ha adquirido (175 C.) Puede pues, contratar libremente sobre ellos, enagenarlos y presentarse en juicio, porque falta ya la razon de unidad y buena administracion que justifica la restriccion durante la sociedad conyugal.

PARRAFO QUINTO.

TERMINACION DEL DIVORCIO.

526—Cesan todos los efectos del divorcio si se reconcilian los divorciados: dado este caso, se restituyen las cosas, por lo tocante á la sociedad conyugal, al estado en que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiera existido éste (179 y 2.° 1160 C.)

Esta reconciliacion no basta que sea extrajudicial y dependiente del simple acuerdo de las partes, porque no permitido el divorcio por convenio, afecta la condicion civil de la muger y los intereses de terceros, sino que necesita decreto del Juez á peticion de ámbos cónyuges, y produce los mismos resultados que el restablecimiento de la administracion del marido en el caso de simple separacion de bienes (1181 C. y 55 Dec. de Ref. núm 272 en el cual ha de leerse 1181 en vez de 181.)

527—La cesacion del divorcio no perjudica los derechos de un tercero que hubiere contratado con los cónyuges cuando ejercian independientemente sus derechos (181 C.) porque la capacidad debe verse al tiempo del contrato; y si así no fuera, nadie querría contratar con la muger temiendo la contingencia de una reconciliacion que anulara sus derechos. Del mismo modo, el divorcio declarado no debe perjudicar los derechos adquiridos por los que hubiesen celebrado contratos con las esposos durante la comunidad matrimonial.

528—La cesacion del divorcio debe hacerse constar en el Registro del estado Civil [57 Dec. de Ref. núm. 272.]

TITULO NOVENO.

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

I.

529—Los impedimentos dirimentes, producen, segun ya antes se ha dicho, no solo el efecto de impedir el matrimonio antes de ser celebrado, sino tambien el de anularlo si, existiendo alguno de ellos, se celebró. Así pues, hay nulidad de matrimonio siempre que falta alguna de las condiciones requeridas como esenciales para su celebracion; y se ha reconocido el remedio extremo de esa declaracion, por un interés de órden público, pues sin ella, de nada servirian las prohibiciones de la ley, fundadas en razones de moralidad y de conveniencia de la familia y de la sociedad.

530—Antes de la reforma, no estaba claro en nuestro Código, el punto importante de los casos en que debia tener lugar la nulidad. Segun el artículo 191, para pue pudiera declararse ésta, debia existir una de las causas que se fijan en el párrafo que se ocupa del divorcio; pero evidentemente, como se declaró en Decreto de 14 de Setiembre de 1881, la referencia era equivocada, y debia entenderse que era cuando mediara un impedimento dirimente, ó cuando el matrimonio no se celebrára en la forma, y ante la autoridad que prescribe la ley (56 Dec. de Ref. núm. 272.)

531—El Código no declaraba expresamente á quienes competía la accion; hoy, el artículo 57 del Decreto de Reformas núm. 272 establece que los cónyuges, el Ministerio Fiscal ó cualquiera persona que tenga interés en la declaracion de nulidad, puede reclamarla cuando sea por edad, por parentesco, por otro vínculo matrimonial anterior, por delito, por locura ó por falta de formalidad esencial en la celebracion. Si el motivo fuere la impotencia, el error ó la fuerza, solo podrá pedirla el cónyuge que no fuere el impotente, en cuyo favor se establece; ó el que hubiere sufrido el error fuerza ó miedo, que es el que tiene razon para quejarse.

532—La accion debe intentarse en los Tribunales civiles, ante el Juez de 1.ª instancia respectivo, sin que puedan cobrarse ningunos derechos (52 Dec. de Ref. núm. 272.)

533—Durante el juicio, se observan respecto á la muger é hijos, las mismas reglas prescritas para el caso de divorcio, y relativas á pension alimenticia y expensas del pleito, depósito de la muger, seguridad de los bienes de ésta, y persona en cuyo poder deben estar los hijos (190 C.) Debiendo declararse la nulidad por la existencia de alguna de las causas legales, no cabe hacerlo por solo el mútuo consentimiento de los cónyuges, por las mismas razones expuestas respecto del divorcio; y por tanto, no cabe transaccion ni compromiso, ni basta la confesion de uno de los cónyuges, reconociendo el motivo de nulidad. La sentencia se inscribe en el Registro Civil, al márgen de la partida de matrimonio, por la modificacion del estado civil [frac. 2.ª 57 y 116 Dec. de Ref. núm. 272.]

II.

534—La sentencia de nulidad no produce propiamente la disolucion del matrimonio, porque éste legalmente no ha existido, sino que se contrae á establecerlo así, declarando que no lo hubo. Pronunciada esa sentencia, los que se tenian como marido y muger, quedan sin ese impedimento para pasar á contraer otro enlace; pero la muger tiene que aguardar que transcurran diez meses, contados desde la fecha de la declaracion de nulidad, en los mismos términos que cuando el matrimonio se disuelve por muerte del marido (61 Dec. de Ref. núm. 272). Fenece la sociedad conyugal (3. ° 200 Dec. citado), y se devuelven á la muger sus bienes, procediéndose como en caso de muerte de uno de los cónyuges, para la division.

535—Acerca de otros efectos relativos á los cónyuges y á sus hijos, pueden distinguirse tres casos: ó ámbos conocian el motivo de nulidad y procedian de mala fé, ó ámbos lo ignoraban procediendo ámbos de buena fé; ó uno lo sabia y el otro lo ignoraba, es decir, habia buena fé de uno y mala del otro.

536—En el primer caso, ámbos cónyuges deben sufrir las consecuencias de su fraude, de modo que el matrimonio no produce efecto alguno civil entre ellos.

537—En los otros dos casos, el matrimonio nulo toma propiamente el nombre de *putativo;* porque se ha juzgado ó creido válido en razon de haberse con-

traido, á lo menos por uno, de buena fé (192 C.)

538—Aunque en rigor solo el matrimonio verdadero y legítimo debiera producir sus efectos civiles propios; por consideraciones que siempre hay de equidad y de favor á los hijos, y por consideraciones á la buena fé que hay algunas veces en los esposos, no se guarda la inflexibilidad del principio. Asi es que el matrimonio declarado nulo, produce efectos civiles respecto de los esposos y de los hijos, si se contrajo de buena fé (193 C.), porque si los dos celebraron el matrimonio absolutamente ignorantes del impedimento, no existiendo en ellos intencion de contravenir á la ley, es justo que, sin perjuicio de que se mantenga el principio de la declaracion de disolucion, se relaje el rigor de sus consecuencias; y que se validen así las convenciones y demás efectos acerca de los bienes de los esposos, y se conserve á los hijos de ese matrimonio, el estado de legitimidad en que nacieron.

539—Si la mala fé estuvo solo de parte de alguno de los cónyuges, el matrimonio no produce efecto alguno civil á su favor, así es que no tendrá derecho á gananciales, ni á porcion alimenticia porque es justo que sufra las consecuencias de su propio hecho; pero sí respecto del otro esposo que no puede ser perjudicado por la malicia de su consorte; y respecto á los hijos del matrimonio anulado, pues deben extenderse á ellos los efectos favorables, aun mas que á los bienes (58 Dec. de Ref. núm. 272.)

540—Si hubo mala fé de parte del hombre y de la muger, el matrimonio solo producirá efectos civiles favorables respecto de los hijos.

541—Estos efectos favorables comprenden no solo

á los hijos nacidos antes de la declaracion de nulidad, sino aun á los que nazcan dentro de los trescientos dias siguientes á ella, porque entónces la ley presume la concepcion en época en que el matrimonio subsistia aún con apariencias de válido (58 Dec. de Ref. núm. 272 y 2.° 200 C.)

542—El matrimonio putativo extiende sus efectos favorables para la legitimacion, aun á los hijos procreados antes de su celebracion, si uno de los cónyuges por lo menos, tuvo buena fé al tiempo de celebrarlo (259 C.)

543—La buena fé requerida para el matrimonio supone la observancia de las solemnidades prescritas para la celebracion del matrimonio y la falta completa de conocimiento del impedimento; y con ella no es conciliable el error de derecho, porque nadie puede acogerse á la ignorancia de la ley, sino solamente el error de hecho en que se incurre con justa causa. No seria atendible pues, la alegacion de uno de los cónyuges de que ignoraba que el parentesco ó el matrimonio anterior fueran un impedimento.

544—La mala fé no se presume sino que ha de probarse, y los términos en que están concebidas las disposiciones del Código, refiriéndose solo á la buena fé al contraer el matrimonio, hacen creer que, si ya contraido, sobreviene mala fé de uno ó de ámbos, permanecerán, eso no obstante, los efectos civiles del matrimonio, mientras no recaiga la sentencia de nulidad.

545—Finalmente, debe advertirse que, en los casos en que el matrimonio celebrado resulte nulo, el hombre que lo haya contraido de mala fé, será condenado á dotar á la muger que lo hubiere contraido de

buena fé; y si ella fuere la culpable, pagará una multa de 25 hasta 100 pesos (322 Código Penal.)

TITULO DECIMO.

DE LAS SEGUNDAS NUPCIAS.

546—Con el fin de que se conserven los bienes de los hijos huérfanos de padre ó madre, la ley adopta varias medidas para el caso en que, el padre ó la madre, vayan á contraer, ó hayan contraido, segundas nupcias, temiendo con razon que el nuevo enlace disminuya el cariño é interés por los hijos de un matrimonio anterior que están bajo su patria potestad ó tutela natural.

547—El varon viudo y la muger viuda que, teniendo hijos de precedente matrimonio, bajo su patria potestad ó bajo su tutela, quisieren volver á casarse, ó administran bienes de sus hijos, ó nó. Si lo primero, deben, ántes de proceder al segundo matrimonio, formalizar inventario de los bienes que pertenezcan á sus expresados hijos, como herederos del cónyuge difunto, ó por cualquier otro título, para evitar así que se confundan con los de la sociedad conyugal en que va á entrar. Si lo segundo, debe seguir, ante el Juez de primera Instancia del domicilio, informacion sumaria que lo acredite. En estas diligencias, los hijos deberán ser representados por un tutor específico que, en el primer caso, asista á la formacion del inventario, y en el segundo, sea citado y oido acerca

de que no existen bienes bajo la administracion del padre viudo (195, 197 C. y 59 Dec. de Ref. número 272).

548—Para impedir que se burle el cumplimiento de esta medida, la ley previene que no pueda procederse al matrimonio cuando los dos ó alguno de los pretendientes son viudos, sin que se presente la constancia de haberse cumplido con su disposicion(3.° 28 Dec. de Ref. núm. 272); ó sin seguirse una informacion sumaria que acredite que el cónyuge viudo no tiene hijos del matrimonio precedente, ó por lo menos, que no tiene en administracion, bienes de esos hijos (60 Dec. cit.). Además, el viudo ó viuda, por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse el inventario, pierde el derecho de suceder por testamento ó abintestato, al hijo ó hijos cuyos bienes ha administrado (196 C.), de suerte que, en realidad, se establece una incapacidad relativa para heredar, incapacidad que no desaparece ni por voluntad del hijo nombrando al padre heredero por testamento, ya que ni por este título puede suceder.

549—Por militar una razon semejante á la que motiva la disposicion de la ley, cuando el viudo tiene hijos sometidos á su patria potestad o tutela, y cuando aunque no los tenga bajo ellas, los tuvo, y no ha rendido cuentas de su administracion, debe, previamente al otro matrimonio, acreditar que ya están rendidas, sujetándose en caso contrario, á los mismos efectos (197 C.)

550—Además de éstas prevenciones que son comunes al viudo y á la viuda, hay respecto de ésta última, precauciones de diversa naturaleza, en consonancia con las condiciones especiales de su sexo. La viu-

da puede haber quedado en cinta de su primer marido, aunque no se manifiesten todavia signos de preñez; y si pudiera contraer segundo matrimonio ántes del término máximo de la gestacion, podria confundirse la procedencia de la prole, y atribuirse al segundo marido, el hijo que fuera del primero, ó al contrario. Esta razon, mas que la reverencia que el cónyuge sobreviviente debe guardar á la memoria del finado, la cual es objeto de las costumbres mas bien que de las leyes, hace que nó el viudo, sino solo la viuda, no pueda pasar á contraer nuevo matrimonio, sin que hayan transcurrido, despues de disuelto el anterior, diez meses, ó sean los trescientos dias dentro de los cuales el hijo puede ser tenido como del marido anterior segun el inciso 2.° del art. 200 (61 Dec. de Ref. núm. 272.)

551—Siguiendo lo prescrito en otras disposiciones análogas, y atendiendo al objeto y razon de la ley, parece natural que, de ese plazo legal, puedan rebajarse todos los dias que hayan precedido á la muerte del marido, y en los cuales, por ausencia ó por otro motivo, haya sido absolutamente imposible su acceso á la muger; y así lo establece ya hoy el artículo citado. Del mismo modo, si el parto de la viuda se realiza antes de diez meses, desde entónces está en libertad de pasar á segundas nupcias, pues falta ya el motivo de la prescripcion legal para guardar un plazo mas largo. Y como el matrimonio anterior pudo disolverse, no solo por muerte del marido, sino por separacion del matrimonio cuya nulidad se haya declarado, rige la misma prescripcion en uno y en otro caso.

552—Si no obstante estos preceptos legales, la viu-

da contrajere segundo matrimonio ántes de los diez meses contados desde la disolucion del anterior, su matrimonio no será nulo, porque no es ninguno de los casos enumerados para la declaracion de nulidad (50 Dec. de Ref. núm, 272); pero incurre ella en la pena de arresto mayor en sus grados medio á máximo, ó multa de cien á mil pesos (318 y 319 C. Pen.), sin perjuicio de la pena á que tambien se hace acreedor el funcionario que haya autorizado el matrimonio (321 C. Pen.)

553—Con las medidas mencionadas y con otras de que se hará mencion en su oportunidad (314, 315, 316 C.), se ha sustituido la reserva de bienes que establecian las leyes españolas. Consistia en que el viudo ó viuda que volvia á casarse, estaba obligado á reservar para los hijos del primer matrimonio, conservando el usufructo, la propiedad de todo lo adquirido del consorte difunto por cualquier título lucrativo, universal ó particular de lo que procediera del consorte difunto: la de lo que hubiera heredado abintestato de alguno de dichos hijos; y la de los dos tercios de la herencia testamentaria recibida de alguno de los mismos hijos, como heredero forzoso. El art. 1,188 C. declaró que la ley no reconocia bienes reservables, y es la razon porque siendo la pérdida de la propiedad una pena, no podia imponerse por un hecho que la ley no declara ilícito, como es el segundo matrimonio; y porque retrayendo el temor de esa pena, de contraer segundo matrimonio, fomentaba indirectamente las uniones ilícitas que no la tenian, mientras que las segundas nupcias no se libertaban de incurrir en ella aunque fueran para legitimar hijos nacidos con anterioridad.

TITULO UNDECIMO.

DE LA PATERNIDAD Y DE LA FILIACION LEGITIMAS.

DE LOS HIJOS LEGITIMOS.

554—Despues de ocuparse de la persona, el Código se ocupa de la familia: al efecto trata del matrimonio y de las relaciones jurídicas que produce entre los esposos, de las cuales ya se ha hablado, así como de las relaciones entre los padres y los hijos que se va á examinar. La primera de estas últimas es la de paternidad y filiacion que se refiere al orígen del hijo.

PARRAFO PRIMERO.

PRESUNCION DE PATERNIDAD LEGÍTIMA.

555—*Hijo* se llama *el individuo de la especie humana que un hombre engendra en una muger:* esta denominacion es relativa al padre y á la madre, y comprende á los individuos de ambos sexos, á diferencia de la de *hija* que se refiere solo á las mugeres: en rigor, solo designa á los descendientes de la primera generacion, mientras que tanto los individuos

de ésta, como los de las que siguen, se comprenden bajo la denominacion de *descendientes.*

556—Aunque por solo la generacion ó el nacimiento, no cabe distincion entre los hijos, la hay por las relaciones que mediaban entre los padres, siendo *legítimos* los que proceden de una union amparada y sancionada por la ley, esto es, de matrimonio; é *ilegítimos*, los que proceden de union que la ley no reconoce ni autoriza, ó sea, que nacen fuera de matrimonio. De los hijos ilegítimos se hacian en el derecho español diversas clasificaciones, señalando á cada una diferentes derechos: el Código nuestro las ha borrado todas, no quedando hoy subsistente mas que la de los hijos *ilegítimos reconocidos* y *nó reconocidos.*

557—Se ha sostenido la diferencia entre los legítimos é ilegítimos, fundándola en que el órden de la sociedad y la moralidad de ésta requieren el matrimonio; pero se ha tratado tambien de aumentar los derechos de los últimos, en lo que no sea en perjuicio de los primeros. Cuando se hace mencion solamente de *hijos*, se entiende hacerse referencia á los legítimos; por ejemplo, tratándose del órden de sucesion (951 C.) Cuando una disposicion ha de comprender tambien á los hijos ilegítimos, se hace de ellos generalmente mencion especial.

558—Para establecer la legitimidad del hijo y la consiguiente paternidad del marido de la madre, la ley atiende á si el hijo ha sido concebido durante el matrimonio de sus padres, fijando para el nacimiento, en relacion á la fecha en que se contrajo ó disolvió el matrimonio, plazos que hagan referir la concepcion á una época en que el matrimonio subsistía. La época de la concepcion es, pues, el hecho que decide

de la legitimidad del hijo; no lo es el nacimiento, porque una criatura puede nacer durante los primeros meses del matrimonio y no ser legítima, si en él no fué concebida.

559—Con estos antecedentes, se presumen por derecho legítimos, y por lo mismo, hijos del marido (200 C.)

1. ° —Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio.

2. ° —Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion del matrimonio, ya proceda esta de nulidad del contrato ó de muerte del marido.

3. ° —Los hijos de cónyugès divorciados que nazcan dentro delos trescientos dias siguientes al de su separacion.

560—Como se vé, la ley parte del supuesto de que el período mínimo de la gestacion, es de ciento ochenta dias, y el máximo es de trescientos, por lo cual no atribuye, de derecho, al marido, la paternidad del hijo nacido antes de ciento ochenta dias de celebrado, ó despues de trescientos dias de disuelto, porque en estos casos, la concepcion tiene que referirse á una época en que no habia matrimonio.

561—Nacido el hijo en los términos que la ley señala, presume su legitimidad. La presume, porque siendo tan misteriosa la generacion, y siendo oculto el hecho de la concepcion, la paternidad que de ella resulta es tambien incierta y desconocida. Así, no puede haber respecto del padre, la absoluta certeza que hay respecto de la madre, porque á ésta, por el hecho físico y visible del parto, la da á conocer la naturaleza con signos evidentes, lo que no aconte-

ce con aquel. Debe sin embargo presumirla, adoptando el principio de legislacion universal de que *el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre*, por las relaciones personales exclusivas que la ley establece entre los esposos, y por la suposicion de que se guarda la fidelidad que se han prometido, necesitando para que cese, prueba de lo contrario, en los términos que ella misma fija.

562—Los plazos adoptados por la ley para determinar el período de la gestacion, son los adoptados hoy generalmente, como resultado de la experiencia y de la observacion, y conformes con las doctrinas y adelantos de la ciencia, y se designan por dias y no por meses, para evitar la dificultad que pudiera resultar del diferente número de dias de que éstos constan.

563—Como habrá podido notarse, la ley dá el carácter de legítimos, no solo á los que nacen de matrimonio válido y verdadero, sino tambien á los que proceden de matrimonio nulo, extendiendo ese efecto aun á los nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la declaratoria de nulidad (2.° 200 C.). Si se trata del matrimonio putativo en que ha habido buena fé de los conyúges, ó por lo menos, de uno de ellos, ninguna dificultad se ofrecia por el Código, porque estaba esa disposicion en armonia con las otras consignadas respecto del matrimonio putativo (193 y 194 C.): la buena fé de los padres ó de uno de ellos, no cesa sino cuando se pronuncia la sentencia de nulidad; porque solo entónces cesan tambien con seguridad, los motivos de duda sobre validéz del enlace, y así son legítimos los hijos cuya concepcion se

refiere á fecha anterior á la de la declaracion de nulidad. Esos hijos nacidos de un matrimonio *putativo*, se llaman *legítimos*, aunque *nó de legítimo matrimonio*, á diferencia de los que proceden de un matrimonio válido y verdadero, que se conocen como *legítimos y de legítimo matrimonio.*

564—Por la generalidad con que se explica la ley al establecer que son legítimos los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes á la disolucion por nulidad, podia entenderse que su disposicion era extensiva aun á los hijos de cónyuges que tenian ambos mala fé, es decir, que ambos sabian al casarse la nulidad del matrimonio. Favorecia esta inteligencia la opinion de los que creen injusto que el matrimonio nulo deje de producir, en algun caso, efectos civiles á favor de los hijos, porque seria castigarlos por un hecho de que no son culpables, y porque la circunstancia del matrimonio, aunque solo aparente, debe diferenciarlos de los ilegítimos, como que la sociedad los habia admitido ya como legítimos, ignorando la nulidad del matrimonio y la mala fé de los padres. Habia sin embargo, en contra, que el artículo 194 solo atribuia efectos civiles á favor de los hijos, al matrimonio en que, por lo ménos de parte de uno de los cónyuges, habia buena fé; pero esa dificultad ha desaparecido ya. El artículo 58 del Dec. de ref. al Código Civil, establece terminantemente que, aun cuando haya habido mala fé de parte de los dos cónyuges, produce el matrimonio efectos civiles á favor de los hijos, pero ninguno á favor de los padres.

PARRAFO SEGUNDO.

CASOS EN QUE PUEDE TENER LUGAR EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD LEGÍTIMA.

I.

565—El desconocimiento del hijo puede suponerse en tres casos diferentes: 1. ° Si ha sido concebido ántes, y nacido despues de contraerse el matrimonio. 2. ° Si es concebido y nacido en el matrimonio. 3. ° Si nace despues de la disolucion ó separacion del matrimonio.

566—El primer caso tiene lugar siempre que el hijo nace ántes de que pasen ciento ochenta dias contados desde que se celebró el matrimonio, porque entónces, la concepcion se refiere á una época anterior á éste. El padre puede desconocerlo, porque ni la ley presume entónces la legitimidad, como que para la presuncion requiere que pasen mas de ciento ochenta dias desde que el matrimonio se contrae.

567—Eso no obstante, hay dos casos en que el padre no podrá negar la legitimidad del hijo y son: 1. ° Si ántes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñéz, y así se acredita claramente, pues debe suponerse que contrajo el matrimonio para salvar el honor de la muger, y no habria consentido en él, sin estar persuadido de que el fruto que ella lle-

vaba en su seno, lo era de sus relaciones con él. Con mayor razon, si al casarse declaró que reconocia al hijo de quien la muger estaba en cinta, ó que lo reconocia, en el supuesto de que aquella estuviera en cinta (1.° 212 C. y 85 Dec. de Ref. núm. 272) 2.° Si firmó ó hizo firmar á su nombre la partida de nacimiento del hijo en el Registro Civil (2.° 212 C.), pues su firma en ese documento auténtico del estado civil, consagra solemnemente el de legitimidad, y es prueba plena de que lo ha reputado y reconocido como suyo. Así pues, la reglá es que el marido puede desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias subsiguientes á la celebracion del matrimonio: la excepcion son los casos mencionados y por tanto, en caso de desconocimiento, el que se acoja á la excepcion debe probar que se halla en alguno de sus casos.

568—El Código nuestro ha omitido por innecesario, otro caso de excepcion que figura en algunas legislaciones, á saber: el de que el hijo no haya nacido viable ó de término. No naciendo capaz de vivir el hijo, no teniendo la forma humana, no es una persona: se considera como si no hubiera existido, y no teniendo así el marido ningun interés civil en desconocerlo, no debe dársele derecho para entablar accion de desconocimiento, lastimando sin objeto y sin fundamento, el honor de una muger. Hay estupidéz ó malignidad, dice Goyena, en el desconocimiento de lo que en el órden legal no existió; y por lo demás, el hijo que no nace viable ántes de los ciento ochenta dias del matrimonio, se reputa abortivo y fruto de ese matrimonio, porque eso prueba que no habia llegado aún al sétimo mes.

II.

La segunda hipótesis en que puede suponerse el desconocimiento, es respecto de los hijos nacidos en el matrimonio y que se presumen concebidos en él siempre que nacen despues de ciento ochenta dias de su celebracion.

569—La ley presume entónces, segun ántes se ha dicho, la paternidad del marido (1.° 200 C); pero como esa paternidad atribuida á él, no pasa de ser una presuncion, debe ceder ante la evidencia de un hecho en contrario. Por esto se permite al marido contra esa presuncion, una única prueba que es la de no haber tenido acceso carnal con la muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento (202 C). El término aquí fijado tiene su razon en que el tiempo en que puede presumirse legítima la concepcion es durante los primeros 120 dias de los 300 que preceden al alumbramiento, y fuera de ese término, es ilegítima. Si el marido prueba que no pudo tener ni tuvo acceso carnal con la muger durante esos primeros ciento veinte dias, el nacido no puede reputarse hijo suyo porque, de suponerlo concebido ántes de los ciento veinte dias, habria que admitir la gestacion de mas de trescientos; y de suponerlo concebido despues de los primeros ciento veinte dias, habria que admitirla de solo ciento ochenta ó de ménos. Para que esa prueba exista de parte del marido, es preciso que establezca hechos que acrediten la imposibilidad del acceso, como si durante todo ese

tiempo se mantuvo ausente, á distancia tal que no pudo unirse con su muger, ó hubo otra causa semejante que demuestre, con evidencia, que no pudieron cohabitar los consortes, por ejemplo, la prision de uno de ellos, absolutamente incomunicada; una enfermedad de tal naturaleza que la hiciera imposible en ese tiempo. Si la prueba que se rinde no es de esta clase, no puede estimarse suficiente: acreditará solo una imposibilidad moral, constituida por el concurso de una série de circunstuncias, pue formarán una fuerte presuncion contra la paternidad; pero que no fundan legalmente el hecho de la ilegitimidad. Siempre pues, que no se pruebe que el marido no tuvo ó no pudo tener acceso con la muger, se presume su paternidad aunque haya imposibilidad moral de union entre los esposos, por enemistad ó por otra circunstancia incompatible con el acceso matrimonial. Y esto es porque esa imposibilidad moral es creada por el criterio humano en virtud de presunciones vehementes, que por fuertes que sean, no deben sobreponerse á la presuncion de la ley, dimanada de la misma constitucion del matrimonio. La enemistad, la demencia y otras causas análogas hacen suponer que la cohabitacion no existió, pero no bastan para tener por probado, de un modo irrecusable, que realmente no existió.

570—En consonancia con las doctrinas expuestas, el marido, por regla general, no puede desconocer al hijo concebido y nacido en el matrimonio, alegando adulterio de la madre, y aun cuando ella declare contra la legitimidad. El adulterio de la muger, aun perfectamente probado, no es un hecho que por sí solo, establezca que la paternidad deba atribuirse al adúl-

tero, y nó al marido; y no pudiendo asegurarse con evidencia, que el hijo pertenezca á un extraño, debe sostenerse el principio de que el padre es aquel que debe serlo por el matrimonio. No es atendible la declaracion de la madre, porque ni ésta misma puede penetrar el misterio de la generacion; porque esa declaracion puede ser apasionada y maliciosa de parte de la muger que no tenga certeza mas que de su falta; y porque además, está de por medio el derecho del hijo inocente cuyo estado civil no debe quedar á merced de declaraciones en que hay peligro de que sean sugeridas por las pasiones de sus padres (62 Dec. de Ref. núm. 272). Pero si no se trata de la simple afirmacion de la madre, sino de circunstancias que naturalmente no puedan explicarse sino por la ilegitimidad del hijo, como si la madre ha ocultado el nacimiento al marido, ó ha acaecido cuando hace mas de diez meses que él está ausente, entónces sí cabe el desconocimiento (art. cit.) La ocultacion del parto es indicio vehemente, si no prueba palpable de la ilegitimidad, pues no hay razon ni interés para ocultar al marido el nacimiento de un hijo que, siendo de él, léjos de ser motivo de vergüenza, lo seria de satisfaccion, y no puede presumirse tampoco que la madre, además de ser infiel, quisiera engañar á su hijo, añadiendo un nuevo crímen con excluirlo indebidamente de los derechos de los otros legítimos.

571—La ausencia del marido por mas de diez meses, y el nacimiento del hijo despues de ese término, son tambien una prueba concluyente del adulterio, y el nacimiento léjos de estar amparado entónces por la presuncion de legitimidad, tiene la presuncion contraria (202 C.) El Código decia (art. 203) *durante*

una ausencia del marido de mas de diez meses; pero queria y debia significar que el nacimiento fuera durante la ausencia, pero despues de diez meses contados desde que el marido se ausentó, porque naciendo ántes de ellos, se refiere la concepcion á una fecha en que la ausencia no habia comenzado. En la reforma de ese artículo por el 62 del Dec. de Reformas, quedó salvado ese inconveniente de redaccion.

III.

572—La tercera hipótesis para el desconocimiento del hijo se verifica cuando éste ha sido concebido en el matrimonio, pero nace despues de su disolucion por nulidad, ó por muerte del marido, ó despues del divorcio ó separacion de los cónyuges.

573—Siéndo el período máximo de la gestacion el de trescientos dias, cabe, por regla general, el desconocimiento de los hijos nacidos despues de trescientos dias de disuelto ó separado el matrimonio, porque entónces la concepcion debe referirse á una fecha en que no existia el matrimonio, ó por lo ménos, la union de los cónyuges. Descansando ésto, sin embargo, en una presuncion, cesa ésta y, por lo mismo, no puede tener lugar el desconocimiento, cuando se pruebe por medio de expertos, que segun las condiciones fisiológicas ó patológicas de la madre, el hijo pudo nacer despues de los trescientos dias, es decir, que por esas condiciones, se trata de una gestacion excepcional que ha podido durar mas de diez meses (201 C.) El hijo nacido despues de la muerte del pa-

dre, se llama *póstumo;* y la muger, ó los herederos instituidos ó legales del marido, pueden solicitar el reconocimiento de su preñez conforme al Código de procedimientos civiles, guardándose, por lo demás, las formalidades de que se hará mencion respecto del caso de divorcio (§ 4.º tít.º 11 Lib. 2.º Cód. proced. civ.) La muger es reconocida por facultativos: si alguno de los interesados contradice la preñéz ó el resultado del reconocimiento, continúa la custodia, y se suspende la resolucion hasta que se verifique el parto, pudiendo los interesados pedir nuevo reconocimiento cada dos meses. En caso de parto, se avisa inmediatamente al Juez, se puede examinar á la muger que dió á luz y á todos los que asistieron al parto, hacer reconocer la integridad natural del nacido y hacer constar las horas que vivió, en el supuesto de que muera.

574—Cuando ha habido divorcio ó separacion legal de los cónyuges, fuera del caso de condiciones excepcionales de la madre, el hijo que nace despues de 300 dias, se tiene por concebido ya durante el divorcio ó la separacion, y el marido, por regla general, no está obligado á reconocerlo por suyo. Separados los cónyuges, se presume su no cohabitacion, y aunque esa presuncion no es prueba acabada de que no la haya, la ley, procediendo conforme á la naturaleza de las cosas, así como atribuye la paternidad al marido cuando vive en union con su muger, establece, en caso de divorcio ó de separacion legal, la presuncion contraria, esto es, que el hijo concebido durante el uno ó la otra, no lo es del padre divorciado ó separado. Así, el hijo concebido durante el divorcio ó la separacion legal de los cónyuges, no tiene derecho

á que el marido lo reconozca como suyo, á ménos de probarse que ha hecho tal reconocimiento por actos positivos, ó que, durante el divorcio ó la separacion, tuvo el marido acceso carnal con la muger (213 C.)

575—Supone pues, la ley, que no hay acceso conyugal en el estado de divorcio ó de separacion legal; pero no niega en absoluto la posibilidad del acceso, y por esto admite prueba contraria á su presuncion, para hacerla cesar. En el estado normal del matrimonio, como consecuencia de la union de marido y muger, es tenido por padre del hijo de su muger, salvo prueba legal en contrario: en un estado anormal del matrimonio, como consecuencia de la separacion, el hijo nacido de la muger no es tenido por del marido, salvo tambien prueba en contrario.

576—Actos positivos de reconocimiento serán, además de los que bastan para el reconocimiento de un hijo ilegítimo, todos los que de un modo auténtico y claro signifiquen que el marido admite la paternidad. La prueba de haber habido acceso conyugal, destruye la presuncion de no paternidad del marido, porque ésta se funda en la suposicion de que no lo habia; pero esto no quita al marido el derecho que, aun en caso de matrimonio subsistente, tiene, de acreditar para desconocer la paternidad, que no tuvo ese acceso en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que precedieron al nacimiento; solo que, en este caso, á él incumbe esa prueba, desde que, justificado que hubo acceso conyugal, ya no tiene la presuncion á su favor. Nótese finalmente que la ley exige divorcio ó separacion legal, es decir, efectuados con intervencion de la autoridad, no sufriendo al-

teracion sus disposiciones generales, cuando se trata simplemente de una separacion de hecho, privada y voluntaria, no sancionada por la autoridad.

577—Rigiendo, en caso de divorcio ó de separacion legal, una presuncion contraria á la paternidad del marido, la ley dá á la muger que, recien divorciada ó recien separada del marido, ó que pendiente el juicio de divorcio ó de separacion ó nulidad, ó recien declarada la nulidad, se creyere en cinta, el medio de escudarse contra esa presuncion y de salvar la legiti midad del hijo, denunciando su preñez al marido; y en defecto de éste, por ausencia ú otro impedimento análogo, á los consanguíneos de él dentro del cuarto grado que sean mayores de edad, prefiriendo á los ascendientes legítimos; y en defecto de estos tambien, á la autoridad judicial, dentro de los primeros cuatro meses de divorciada, separada, ó declarada la nulidad. La ley dá cuatro meses, tanto porque en ese término ya no puede caber duda acerca del embarazo, como por la relacion con los términos que admite para la gestacion; pero si la muger hubiere tenido impedimento que justifique el no haber hecho dentro de ese plazo, la expresada denuncia, podrá hacerse despues, siempre que el Juez, con conocimiento de causa, declare justificable el retardo (214 C. y 66 Dec. de Ref. núm. 272). El artículo del Código no expresaba si la denuncia debia ser siempre judicialmente hecha; pero atendiendo á las trascendentales consecuencias que de ella se derivan, se consignó así en la reforma, puesto que hecha, se reputa que el hijo es del marido, sin que éste pueda desconocerlo, sino en los mismos casos en que lo podria hacer con un hijo concebido en el estado normal del matrimonio.

578—El Código establecia despues, que no pudiendo ser hecha al marido la denuncia, pudiera hacerse á cualquiera de los consanguíneos mayores de edad, prefiriendo á los ascendientes legítimos; y que aquel á quien se hiciera, pudiera tomar las mismas precauciones y medidas que puede tomar el marido (220 C.) Justifica esta prescripcion el interès que bajo diversos conceptos tienen los consanguíneos del marido; y como debia fijarse un límite al parentesco, segun su mismo interés, la reforma lo fijó en el cuarto grado.

579—El artículo últimamente citado del Código no estaba conforme con el 214, porque segun éste, en defecto del marido, la denuncia se hace ante el Juez del domicilio; y segun aquel á los consanguíneos. En esta divergencia, hubo que modificar el primero en la reforma, dejando siempre, para el último término, la denuncia á la autoridad judicial, porque habiendo un interés de familia parece natural que, en defecto del marido se toque primero con la familia, y solo en falta de ésta, con el Juez.

580—Dado este derecho á la muger, se dá al marido el derecho correlativo de que, á consecuencia de la denuncia hecha, ó sin ella, siendo alguno de los casos en que podria hacerse, tome algunas precauciones para asegurarse de la realidad del parto y de la identidad del hijo. Puede, pues, enviar á la esposa una muger que la sirva de guarda durante el embarazo, y además, á su tiempo, una matrona que inspeccione el parto. Está facultado tambien para pedir que, durante la preñéz, la muger sea colocada en el seno de una familia honrada y de su confianza.

581—Digna de consideracion especial por su estado

interesante la muger colocada en esa situacion, nada autoriza la ley que sea vejatorio para ella, y no indispensable para el objeto que se propone. Así, aunque deja al marido la eleccion de las personas que deben vigilar el embarazo y el parto, y aunque no habiendo nada que oponer contra la eleccion, declara que está obligada á recibirlas la muger, autoriza á ésta para presentar objeciones al Juez contra tales personas, y faculta á este funcionario para que, hallándolas fundadas, designe otras (frac. 1.ª 215 C.) Lo mismo sucede respecto de la casa: si la muger no acepta la que señala el marido, el Juez oyendo la razones de ambos, puede designar otra (216 C.) Por último, la guarda é inspeccion son á costa del marido como establecidas en resguardo de su derecho; mas si se probare que la muger ha procedido de mala fé, diciendo estar embarazada, á sabiendas de que no lo estaba, ó que el hijo es adulterino, solo ella debe soportar las consecuencias de su malicia ó de su crímen, temiendo, por lo mismo, que satisfacer ó indemnizar al marido, los gastos de guarda ó inspeccion (frac. 2.ª 215 C.) Una y otra podrán durar por el tiempo necesario para que no haya duda sobre el hecho y las circunstancias del parto y sobre la identidad del recien nacido (frac. 3.ª 215 C.)

582—Si despues de la denuncia de la mujer, no se usa del derecho de enviar la guarda y la matrona, ó de colocar á la mujer en una casa de confianza, se supone que se fia en ella y se admite como cierto el hecho denunciado, razon por la cual hay obligacion de aceptar su declaracion, acerca del hecho y circunstancias del parto (218 C.)

583—Pero si no se realizasen la guarda é inspeccion, sea por que la muger no ha hecho saber el embarazo al marido, sea por que sin justa causa ha rehusado mudar de habitacion, pidiéndolo aquel, sea por que se ha sustraido al cuidado de la familia ó personas encargadas de la guarda ó inspeccion; sea, en fin, por que de cualquier modo, ha eludido su vigilancia, nace contra ella fuerte sospecha, de la que debe estar á cubierto la muger honrada que no ha faltado á su esposo á la fidelidad debida; y esa sospecha hace que cese la obligacion del marido de reconocer el hecho y circunstancias del parto, á no ser en cuanto se probare inequívocamente en juicio contradictorio, ora por la muger, ora por el hijo (217 C.)

584—Nótese que el hecho de que el marido desconozca el parto y la identidad del nacido, no es lo mismo que la negativa de la legitimidad del hijo. El desconocimiento del hijo, segun Chacon explica, tiene por fundamento no haber habido acceso conyugal en tiempo hábil, mientras que el desconocimiento del parto, recae exclusivamente, sobre la efectividad del alumbramiento, ó sobre la identidad del nacido. En el primer caso, la discusion judicial es sobre la paternidad ó nó paternidad del marido: en el segundo, sobre la realidad ó falsedad del parto, ó sobre si el hijo que se presenta es ó nó el que dio á luz la muger. Por razon de la diferencia de una y otra accion es que, aunque el marido tome todas las precauciones ántes expresadas, ó sin ellas, se prueba satisfactoriamente, ó por la muger ó por el hijo, el hecho y las circunstancias del parto, le queda á salvo su derecho para no reconocer al hijo como suyo, siempre que, provocando en tiempo hábil el juicio de legitimidad, acredite que no puede serlo

suyo segun las disposiciones que se refieren á los términos de gestacion (219 C.)

PARRAFO TERCERO.

I.

PERSONAS A QUIENES COMPETE LA ACCION DE DESCONOCIMIENTO DE LEGITIMIDAD.

585—Corresponde desde luego la accion de desconocimiento al marido que es el principal interesado; y mientras él viva, nadie más puede gestionar contra la legitimidad del hijo concebido y nacido durante el matrimonio (204 C.) Esta disposicion tiene por objeto evitar disturbios en las familias é impedir que personas extrañas destruyan la paz del hogar, ó lastimen el honor del marido, lo que sucederia si pudieran introducirse en la casa agena, á hacer investigaciones sobre la calidad de los hijos. La cuestion de legitimidad lo mismo que la acusacion de adulterio, son asuntos de honra, y solo el marido y ninguno más miéntras él viva, puede ser Juez para decidir si se ha de promover ó nó: si él calla dejando pasar al hijo como suyo, como tal debe pasar á los ojos de la sociedad y de la ley, sin que pueda ser molestado por otros. Si el marido es menor de veintiun años, puede entablar la accion con asistencia de su tutor (205 C.); y si estuviere sujeto á guarda, por demencia, por imbecilidad ó por cualquier otro motivo, puede instaurarla el guardador (206 C.). Si ellos no lo hicieren,

para que su negligencia no perjudique al marido en punto tan trascendental, podrá el menor ó incapacitado intentar la accion cuando llegue á la mayor edad y se acabe la tutela, ó cuando recobrando su capacidad, cése la guarda (207 C.)

586—¿Pueden ejercer esta accion los herederos del marido? Diversos casos pueden suponerse. Si cuando tiene lugar la muerte del marido, éste habia iniciado ya la accion judicial, objetando la legitimidad, pasa ésta á los herederos, como les pasan generalmente para su continuacion, todas las acciones civiles instauradas por él causante. Si, á la muerte del marido, éste no ha deducido la accion, y ya es pasado el término dentro del cual podia haberlo hecho, los herederos no pueden intentarla, puesto que ya ni su causante habria podido hacerlo, y debe presumirse que él renunció á esa accion, y mediante esa circunstancia que debe atribuirse á motivos poderosos, no pueden ser admitidos los herederos á contrariarla. Por último, si hubiere muerto el marido sin objetar judicialmente la legitimidad, pero ántes de espirar el plazo que la ley le da para hacerlo, pueden los herederos verificar la reclamacion, por las mismas causales que podria haberlo hecho el marido (209 C.) Al concederse en este caso la accion, ha sido, sin duda, por estimarse que ella forma parte de la sucesion, en virtud de la cual pasan á los herederos todos los derechos; y por lo que á ellos naturalmente afecta la legitimidad ó ilegitimidad, pues establecida la primera, ó les quita completamente, ó disminuye por lo ménos, el derecho hereditario. Segun esto, la accion se tiene por el carácter de heredero, y nó por el de pariente, así es que competirá al heredero, aunque

no sea pariente; miéntras que no la tendrán los que no son herederos, aunque sean parientes. Sin embargo, parece que la tendencia de la legislacion es la de restringir á los herederos el ejercicio de la accion, como que en algun Código no se les dá, sino cuando el causante la dejó iniciada.

587—Segun algunos Códigos y la doctrina de algunos jurisconsultos, los herederos no pueden negar la legitimidad del hijo, por haber nacido ántes de que pasen ciento ochenta dias desde que se contrajo el matrimonio, pues pudo haber cohabitacion anterior á éste, cuyo hecho no puede ser sabido por ellos, y así, siendo una causa personal y secreta, solo puede hacerse valer por él. Esa doctrina es ya ley desde la emision del Decreto de reformas que lo consignó así en el artículo 63.

II.

TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION.

588—La ley ha debido fijar plazo para la accion de desconocimiento de la legitimidad del hijo; porque el estado de éste no ha de dejarse incierto por tiempo indefinido, y porque es indispensable que pasado cierto plazo, quede asegurada la paz doméstica y no se deje ilimitadamente al marido un recurso de que podria usar para sacar ventajas de la muger, amenazándola con entablar la accion. En conformidad á este principio, el marido no puede usar de ese de-

recho sino dentro de sesenta dias, contados desde la fecha del parto, si está él en el lugar: desde su regreso, si estaba ausente: desde el descubrimiento del fraude, si se le habia ocultado el nacimiento del hijo; ó desde que llegó á la mayor edad, ó recobró su capacidad, si estaba sujeto á tutela ó guarda, y no lo ejercitaron el tutor ó guardador (207 y 208 C.) Con ese plazo, se atiende al interés del marido, para que pueda reunir los datos precisos para intentar su accion; y si lo deja trascurrir sin hacerlo valer, su conducta significa que se desentiende de la gravedad de los hechos de que tiene conocimiento, y debe atribuirse á conformidad con ellos, no pudiendo justificarse el silencio por un término mayor, en materia tan delicada. Como, en la disposicion citada, la ausencia se opone á la presencia en el lugar, se entiende que para que exista aquella no se necesita estar fuera de la República ó que el paradero sea ignorado, sino que basta hallarse en otra jurisdiccion que no esté á tan corta distancia y con medios tan fáciles y abundantes de comunicacion, que deba presumirse que se supiera el nacimiento del hijo.

589—Cuando son los herederos los que instauran la accion, el plazo es el mismo de sesenta dias, pero contados desde la muerte del supuesto padre, ó desde el nacimiento del hijo, si éste fuese póstumo. Si les interesados hubiesen entrado en la posesion efectiva de los bienes, sin contradiccion del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepcion de ilegitimidad en cualquier tiempo en que él ó sus herederos les disputáren sus derechos; y si no se tratáre de muerte, sino del desaparecimiento del marido, el plazo de sesenta dias se contará desde la fecha de

la posesion provisional (64 Dec. de Ref. núm. 272). El término comienza para los herederos desde la fecha de la muerte del padre, ó desde la del nacimiento del hijo cuando es posterior á ella; y esto es mas con forme y guarda mas relacion con el principio que sirve de base á la disposicion. El punto de partida debe ser el hecho que dá ocasion al juicio de desconocimiento, que es el nacimiento del ilegítimo; miéntras que la posesion es un hecho que no tiene conexion con el orígen del hijo, objeto de la indagacion, y que no modifica ese orígen ni cambia el derecho de los herederos, de modo que no puede servir de motivo ni de época para el juicio de desconocimiento.

PARRAFO CUARTO.

FORMALIDADES PARA EL EJERCICIO DE ESE DERECHO.

590—La accion que se dá al marido y á sus herederos, en su caso, para desconocer la legitimidad del hijo, es de suma gravedad, tanto porque se refiere al estado civil que no depende de la voluntad de los particulares, cuanto porque afecta inmediatamente los derechos de sucesion. Por este motivo, para que produzca efectos legales, no solo debe hacerse valer dentro de los términos ya expresados, sino que debe ser por demanda en forma, no valiendo en juicio ningun acto extrajudicial en que se hubiere negado la legitimidad, si no se reclama contra ella en los plazos señalados (224 C.) Deducida la accion judicialmente,

la muger, ó el mismo hijo, puede contradecirla, y se decide segun el mérito de las pruebas dadas en ese juicio contradictorio; miéntras que, si el marido ó sus herederos pudieran válidamente negar fuera de juicio la legitimidad, en instrumento público, por ejemplo, la muger no podria defenderse de la infidelidad que se le imputára, ni el hijo del estado de ilegítimo que se le atribuyera. Además, si se reconocieran tales actos extrajudiciales, se daria un medio fácil de prolongar el término fijado para el ejercicio de la accion.

PARRAFO QUINTO.

ACCION DEL HIJO RESPECTO DE SU FILIACION.

591—Así como hay una accion que compete al marido ó á sus herederos para negar la legitimidad del hijo, es decir la paternidad de aquel, hay otra que compete al hijo para que se establezca su filiacion, y la declaracion de su legitimidad, cuando crea que le asiste derecho.

592—La filiacion es correlativa de la paternidad, y no es mas que *la descendencia inmediata de un individuo respecto de otro; ó la calidad de hijo de una persona determinada.*

593—Esta accion no tiene, para su ejercicio, término señalado, y por el contrario, declara la ley que nunca prescribe respecto del hijo, quien puede en todo tiempo, pedir que se declare su filiacion (221 C.) La razon es porque la filiacion no es una propiedad cualquiera como las que se sujetan á prescripcion:

el estado civil afecta á la persona y á los bienes; y como dice Goyena, es un interés y un derecho que se levanta sobre los demas interéses y derechos. Para que la propiedad ordinaria no sea incierta, es preciso que despues de cierto tiempo no se pueda reclamar: para la seguridad y certeza del estado civil, es preciso, por el contrario, que el hijo pueda siempre reclamar su legitimidad. No puede, pues, la legitimidad, sujetarse al principio comun de prescripcion de la propiedad cuando tiene condiciones opuestas. Puede pedirse la declaratoria de filiacion legítima contra el padre, la madre ó cualquiera otro interesado, por ser general la disposicion.

594—Por el carácter tan personal de la accion, así como por guardar consecuencia con la conducta del primero y mas directamente interesado, la accion para pedir la declaratoria de filiacion, no pasa por regla general á los herederos, siendo excepcion los casos siguientes:

1. ○—*Si el hijo múrió ántes de cumplir veintiun años sin haber interpuesto su demanda* (1. ○ 222 C.), porque no hallándose en en estado de ejercer por sí solo sus derechos y de comparecer en juicio, nada puede presumirse de su silencio en contra de su intencion de ejercitarla, lo que no sucede cuando ya era mayor, pues debe suponerse que si pudiendo usarla no lo hizo, fué, ó porque se convenció de que no le asistia derecho fundado, ó porque queria renunciarlo; y de uno ó de otro modo, no debe concederse á los herederos.

2. ○—*Si el hijo dejò abierto el juicio de su filiacion sin haberlo abandonado por el transcurso del término legal para el abandono, ni desistido formal-*

mente de la demanda (68 Dec. de Ref. núm. 272) En ese caso, está manifiesta la intencion del hijo de reclamarla, es ya un derecho contencioso que pertenece á los herederos, como uno de los bienes de la sucesion; pero es necesario que, durante la vida del hijo, no haya habido desistimiento expreso de su parte, ó que no haya abandonado el juicio; porque en el primer supuesto, hay renuncia formal del derecho; y en el segundo, una renuncia tácita (439 C. pr.)

595—Si el hijo se incapacita por demencia ó fatuidad ántes de llegar á la mayoria, y muere en ese estado; aunque sea ya mayor, parece lo natural que tengan los herederos la accion, lo mismo que si hubiese muerto ántes de los veintiun años, por existir precisamente la misma razon.

596—Cuando son los herederos los que ejercitan la accion, ésta no es imprescriptible respecto de ellos. La ley solo declara la imprescriptibilidad respecto del hijo que casi siempre procede impulsado por motivos superiores á consideraciones pecuniarias, miéntras que lo que guiará ordinariamente á los herederos, será el interes de la herencia; y no hay así la misma razon para dejar siempre abierto un pleito de esa naturaleza. Pero, como la ley no ha detallado término especial para esta prescripcion, debe entenderse que está sujeta á las reglas comunes en la materia.

597—Limitado á los herederos, y eso en casos excepcionales, el ejercicio de la accion, no podrán valerse de ella los acreedores ó legatarios, pues si bien puede redundar de la misma un lucro pecuniario, tiene por objeto principal y directo el estado civil y la honra del difunto, á lo cual son extraños los acreedores y legatarios.

598—Por la naturaleza é importancia de la cuestion de filiacion legítima, y para que no quede el estado civil á voluntad de los particulares, no puede haber sobre ella transaccion ni compromiso en árbitros (225 y 1847 inciso 3. ° C.) Esta prohibicion no significa que se prive á los padres de reconocer, ántes del juicio ó despues de él, á sus hijos; y que éstos, siendo mayores, no puedan consentir en el reconocimiento, pues entónces, propiamente, no hay transaccion sino mas bien, desistimiento. No significa tampoco, que no pueda haber transaccion ó arbitramento sobre los derechos pecuniarios que, de la filiacion judicialmente declarada, puedan deducirse (226 C.); pero las concesiones que en virtud de ella se hagan al que se dice hijo, no importan la adquisicion del estado de hijo legítimo, porque respecto de derechos pecuniarios, pudo haber diferentes motivos que no pueden extenderse á suponer el reconocimiento de filiacion.

599—La filiacion de los hijos legítimos se prueba con la correspondiente certificacion de la partida del Registro civil (223 C.), porque ese es el documento auténtico y solemne en que consta el estado de las personas; y en defecto de esa partida, con la posesion notoria del estado (493 á 497 C.)

600—Para concluir esta materia, no será fuera de propósito tratar un punto, que no se halla resuelto por el Código, y es el de la filiacion del que nace de una muger que pasó á segundas nupcias, antes de cumplir diez meses de disuelto el primer matrimonio. Puede suceder entónces que el hijo nazca despues de los ciento ochenta dias de contraido el segundo matrimonio, y ántes de trescientos de disuelto el primero,

y haber por lo mismo razon fundada para dudar á cual de los dos maridos ha de atribuirse la paternidad, siendo esta la causa de la prohibicion de pasar á segundas nupcias ántes del trascurso de diez meses de la disolucion de las primeras.

601—Los tratadistas han acudido á diferentes principios para resolver este conflicto. Unos dicen que ese hijo, de orígen dudoso, pertenece a los dos maridos, y que en consecuencia, tiene iguales derechos respecto de uno y respecto de otro, resolucion inadmisible por opuesta á la naturaleza, y porque seguramente se va á imponer la carga de la paternidad á uno á quien no corresponde.

602—Otros dan al hijo llegado á la mayoria, la facultad de elegir; lo cual segun hace notar Escriche, es contrario tambien á la naturaleza de las cosas y al espíritu de de las leyes. La paternidad es obra de la naturaleza, y nó efecto del capricho ni de los cálculos de la vanidad ó del interés. En el órden de la naturaleza el padre se dá hijos; y con esta base, el hijo se daria padre.

603—Algunos sostienen que el hijo no debe atribuirse á ninguno de los dos maridos ni admitirse á la sucesion, lo que es tambien inadmisible en perjuicio del hijo.

604—El jurisconsulto Carranza daba diferentes reglas para determinar á cual de los dos maridos correspondía, segun el mes del nacimiento: otros atribuyen siempre la paternidad al segundo marido: otros se fijan en la semejanza; otros en la edad ó enfermedades del primer marido; y así, hay en el particular un sinnúmero de pareceres.

605—Nuestro Codigo, segun ya se indicó no habia

resuelto este punto; en otros, como en el de Chile se autoriza al Juez para que decida el conflicto, tomando en consideracion todas las circunstancias, y oyendo además, el dictámen de facultativos si lo crée conveniente; lo cual, en falta de otros medios, parece lo mas razonable. La ley ha procurado cortar el conflicto con la prohibicion de autorizar el matrimonio segundo antes de diez meses de disuelto el primero; y parece de justicia que si se infringe, además de la pena respectiva, la viuda y su nuevo marido sean responsables solidariamente de los perjuicios ocasionados á terceros por la incertidumbre de la paternidad. En estos términos quedó decidido ya este punto por el artículo 67 del Decreto de Reformas núm. 272.

TITULO DUODECIMO.

PATERNIDAD Y FILIACION ILEGITIMAS.

HIJOS ILEGITIMOS.

606—Son hijos *ilegítimos* los que no nacen de matrimonio verdadero ó putativo, ni están legitimados. (227 C.) Son ilegítimos tambien los que, aunque nacidos en el matrimonio, hayan sido declarados tales, conforme á lo expuesto en el capitulo anterior.

607.—Nuestra ley no hace de los hijos ilegítimos las divisiones que se hacian por las leyes españolas, y solo distingue entre los *reconocidos* por el padre y

los que no lo están (228 C.) Se dividian antes en *naturales* y *espurios*; y se subdividian los últimos, en *adulterinos* ó *notos*, *incestuosos*, *sacrílegos*, *manceres*, *nefarios* y *de dañado y punible ayuntamiento*.—Natural era *el nacido de padres que, al tiempo de la concepcion ó del parto, no tenian impedimento para contraer matrimonio;* y espurio, *el nacido de padres que en uno y otro tiempo tenian ese impedimento.* Era adulterino, *el nacido de padres, de los que uno por lo menos, era casado con otra persona:* incestuoso, *el habido entre colaterales en los grados prohibidos:* nefario, *el procreado entre ascendientes y descendientes:* sacrílego, *el nacido de clérigo con votos solemnes, de monja ó fraile profesos:* mancer, *el nacido de muger pública;* y de dañado y punible ayuntamiento, *aquel por cuya procreacion la madre incurria en pena de muerte*, como era, por las leyes españolas, el caso de que la española lo hubiera tenido de un judio. Nuestra ley no hace tales divisiones, porque ellas tenian por objeto establecer respecto de los hijos ciertas restricciones de derechos con el fin de que los padres se retrajeran de algunas uniones reprobadas, en consideracion á la suerte desgraciada que les preparaban. La experiencia demostró que no se lograba evitarlas por ese medio, y sí se cometia la injusticia de castigar, en la persona de los hijos, la falta de los padres; y fundado en estas consideraciones, las suprimió el Código.

608—La division de hijos ilegítimos en unos que están reconocidos por el padre, y otros que no lo están, sí se sostiene y es de importancia, porque los derechos de los ilegítimos respecto del padre, proceden del reconocimiento, esto es, de la declaracion ó con-

fesion de que son hijos suyos. La necesidad de este reconocimiento se apoya en que la paternidad es un misterio envuelto en la oscuridad: en el matrimonio mismo, la ley no la establece sino como una presuncion que hace innecesario el reconocimiento, pero que puede contradecirse; y faltando, fuera del matrimonio, esa presuncion, y no habiendo medio fehaciente de establecer con certeza quién es el padre, es necesario, para declararlo, que se reconozca y confiese tal, aquel que tiene la conviccion de serlo.

609—No sucede lo mismo respecto de la madre: tratándose de ella, no es indispensable, por regla general, el reconocimiento del hijo, para los derechos y obligaciones entre éste y ella. Así es que los hijos ilegítimos, aunque no estén reconocidos por el padre, tienen respecto de la madre, los mismos derechos que dá el reconocimiento, sin necesidad de que por parte de ella se haga expresamente (234 C.). La razon es que, acerca de la madre, no hay la incertidumbre que existe acerca del padre: la maternidad se revela por signos evidentes: el parto y la identidad del hijo dado á luz, son hechos positivos que pueden ser perfectamente comprobados, y que siéndolo, establecen, sin ninguna duda, y sin necesidad del reconocimiento de la madre, la maternidad de ésta. Solo puede estar fuera del alcance de estas razones el caso en que la madre haya estado ignorada ó haya sido desconocida con anterioridad; y entónces, sí se requiere su reconocimiento expreso para que entre ella y el hijo tengan lugar recíprocamente los derechos y obligaciones que como tales tienen por la ley (236 C.)

610—El reconocimiento del padre, y el de la madre en el caso de que acaba de citarse, produce efec-

tos importantísimos respecto de patria potestad, de alimentos, de derecho á heredar; y por lo mismo, por ser el título legal para esos derechos, y por cambiar el estado civil del hijo, es indispensable que se haga constar de un modo solemne y auténtico, que no dé lugar despues á ninguna duda ó cuestion. Con ese motivo, el reconocimiento debe hacerse en el registro civil, en testamento, cualquiera que sea su clase, ó en otra escritura pública (229 C.) Hecho de cualquiera de esos modos, la voluntad de los padres consta de una manera incuestionable, porque es ante funcionarios que, por su oficio, deben consignar de un modo auténtico, las declaraciones de los ciudadanos. Cuando se hace en el registro en el acta del nacimiento, bastará que firme la acta el padre, ó si él no pudiere en persona, que lo haga por él, otro autorizado con poder bastante (463 C.) Cuando se hace en escritura pública ó en testamento, debe ocurrirse, dentro de los ocho dias siguientes y con testimonio del instrumento, á hacer la anotacion que corresponde en el Registro Civil. Siendo en testamento, aunque éste sea revocado por otro posterior, el Depositario del Registro no cancela la anotacion que en el acta de nacimiento debe haber hecho, pues el hijo se tiene siempre por reconocido, no obstante la revocacion, ya que el reconocimiento no es mas que la declaracion de un hecho, y el principio de ella no está en el testamento, sino en el hecho mismo de la paternidad. Suponiéndose además que el reconocimiento se hizo con fundamentos bastantes que apoyaran la conviccion del padre en favor de la certeza de la paternidad, no autoriza la ley la retractacion del reconocimiento para no dejar pendiente el estado que ha adquirido el hijo, de la instabilidad

de la voluntad del testador (464 C.) Si el testamento en que se hizo el reconocimiento fuere nulo, el reconocimiento no vale si el motivo de nulidad es falta de capacidad del testador. Si lo fuere la falta de alguna solemnidad externa, valdrá el reconocimiento si concurrieron, al ménos, las condiciones precisas para cualquier otro instrumento público, ya que por medio de cualquiera de éstos puede hacerse el reconocimiento. Por la importancia del reconocimiento, y por el carácter personalísimo que tiene, no puede el padre, sujeto á tutela, ser representado por el tutor en ese acto (360 C.)

611—El reconocimiento debe ser espontáneo, y no impuesto por actos de otro; y así, por una declaracion agena, nadie ha de ser obligado á reconocer como hijo á aquel de quien crée que no es padre. De allí se deduce 1. ° que el reconocimiento que hiciere el padre de un hijo, sin noticia ó confesion de la mamadre con quien diga haberlo procreado, no produce efecto respecto de ella, sino solamente respecto de él (230 C.): 2. ° que todo reconocimiento de filiacion, puede, por lo mismo, ser impugnado por el padre ó dre que no haya intervenido en él, cuando en el reconocimiento se haya designado al uno ó á la otra. El reconocimiento procede de la voluntad del que reconoce, y produciendo obligaciones, cuyo cumplimiento puede exigir el reconocido, seria absurdo reclamarlas de una persona, con un título dado por otra que, ni obraba en nombre de aquella, ni tenia autorizacion para representarla: 3. ° que en rigor debe ser prohibida la indagacion judicial sobre la paternidad, ó sea la accion para que se declare la filiacion.

612—Esta última consecuencia que se funda en el

principio ántes sentado y en consideraciones de alta importancia, relativas á la tranquilidad de las familias, no estaba sin embargo, admitida por el Código nuestro. Segun él, toda indagacion sobre la paternidad era prohibida, cuando se trataba de los derechos que los hijos ilegítimos tienen respecto de la madre ó de los parientes de ésta (233 C.), sin duda porque en tal caso es inútil el conocimiento de quien pueda ser el padre; pero de allí se infiere, que no era prohibida en cualquier otro caso, como cuando se tratára de los derechos que los hijos ilegítimos tuvieran respecto del padre y de los parientes de éste. Esta inferencia era tanto mas exacta cuanto que despues (235 C.) se hablaba de la sentencia que declaráse probada la filiacion, estableciéndose que producia todos los efectos del reconocimiento voluntario; y en el Código de procedimientos civiles (1081) se expresaba que la cuestion sobre reconocimiento de filiacion no es materia de un juicio sumario. Es verdad que la primera de las disposiciones últimamente citadas recibió una importante modificacion con el Decreto de 21 de Julío de 1879, que reconociendo que la disposicion del Código Civil sobre investigacion de la paternidad, ofrecia, por su latitud, algunos inconvenientes que era necesario evitar, consignó en el artículo 9. ° que el reconocimiento de los hijos, para el efecto de heredar, debia hacerse por el padre, en documento público ó auténtico; y en el 10. °, que la declaracion de paternidad, hecha por una ejecutoria, no producia el efecto de heredar, aunque sí daba á los hijos el derecho de ser alimentados por el que hubiera sido declarado padre; pero esto no hacia mas que señalar diferencias entre el reconocimiento vo-

luntario y la declaracion judicial de paternidad, sin prohibir de un modo absoluto la investigacion de ella, aunque fuera solamente para los efectos limitados que se le atribuian. Tambien por los artículos 11 y 12 del mismo Decreto, se establecia otra diferencia entre la declaracion judicial de paternidad y el reconocimiento voluntario, aun tratándose de alimentos, porque el reclamo de éstos debia hacerse dentro de tres meses de la muerte del supuesto padre, ó del nacimiento del póstumo, á ménos que los herederos confesáran judicialmente la paternidad; término de prescripcion que no habia cuando el hijo era reconocido por el padre en documento público ó auténtico; mas estas diferencias y cualesquiera otras no alcanzaban á remover los inconvenientes de permitir la indagacion de la paternidad. El Dec. de Ref. número 272 los removió declarando que quedaba prohibida toda indagacion sobre paternidad de los hijos ilegítimos con el fin de exigir alimentos, ó con otro cualquiera; y que en consecuencia, los Tribunales no deben admitir ninguna accion ó demanda que se instaure con ese objeto, exceptuando únicamente el caso de violacion en que el culpable podrá ser declarado padre, á instancia de la parte interesada, cuando la época de la concepcion corresponde al tiempo en que la violacion se hubiere verificado (69).

613—En la Memoria presentada por la Secretaria de Gobernacion á la Asamblea Legislativa, se dá cuenta de esa reforma en los términos siguientes: "Es otro punto trascendental el que se establece en la reforma prohibiendo la indagacion judicial de la paternidad que no sea legítima, y estableciendo en consecuencia, que el hijo ilegítimo necesita indispensablemente del

reconocimiento para tener los derechos de tal, respecto de su padre. Al hacerlo así, se ha tenido presente que igual disposicion se encuentra consignada en algunas de las legislaciones mas adelantadas que han servido despues de modelo á los códigos modernos, y que léjos de ofrecer alguna dificultad en sus aplicaciones, han quitado de los Tribunales multitud de pleitos escandalosos y evitado un gran número de fallos, muchas veces inícuos. Hay una verdadera necesidad, decia á este propósito el tribuno Duveyrier, de impedir toda investigacion de la paternidad fuera del contrato conyugal. Habiendo la naturaleza ocultado este hecho misterioso así á las percepciones sutiles de los sentidos como á las investigaciones mas profundas de la razon, y habiéndose, además, creado el matrimonio para dar á la sociedad, no la prueba material, ya que es imposible, sino, en falta de ella, la presuncion legal de la paternidad verdadera, resulta que cuando el contrato conyugal no se ha verificado, no hay ni prueba material ni la presuncion de la ley. La paternidad es entónces un arcano impenetrable, y seria ciertamente una aberracion pretender que un hombre quede convencido á su pesar, de un hecho cuya certeza no demuestran ni las combinaciones de la naturaleza ni las instituciones de la sociedad. De esta suerte es como subiendo á una verdad alta y principal, llegamos naturalmente y sin esfuerzo á esa regla necesaria, á la demostracion de la imposibilidad de esas declaraciones acerca de la paternidad, conjeturales de suyo y arbitrarias; á la firme represion de esas inquisiciones escandalosas que, poco útiles por lo comun al niño abandonado, llevaban siempre la discordia á las familias é introducian el des-

órden en el Estado. Si es imposible en el órden de la naturaleza y conforme al estado social, que un hombre sea declarado padre, cuando no reconoce la paternidad, cuando la niega y se opone á ella; si la sociedad veda todo exámen, toda investigacion en este punto, la naturaleza, en cambio, ha puesto en el corazon del que es padre una voz honda, secreta, vaga, indeterminada sin duda, mas cuya ilusion y encanto, tienen, por decirlo así, la fuerza de la conviccion y el poder mismo de la verdad. Esta voz es la que demuestra y revela las íntimas y misteriosas relaciones que hay entre el padre y el hijo: ella es la que descubre, la que sanciona los derechos y deberes que les unen, deberes y derechos inviolables, sagrados, cuyo respeto exige la sociedad para la observancia y mantenimiento de sus mas fundamentales leyes. Así que, en nada se opone á la justicia, y con algunas precauciones será muy útil al órden público, la facultad otorgada así al padre como á la madre de reconocer á sus hijos naturales dándose ademas á ese reconocimiento un carácter verdaderamente social.—Los mas distinguidos profesores de derecho en España, han proclamado los mismos principios, como que de acuerdo con ellos, están redactados los artículos del proyecto del Código Civil de aquella Nacion. Ellos reconocen que la paternidad es un misterio de la naturaleza en el que no puede penetrar la justicia humana sino á riesgo de equivocarse con frecuencia: que prohibida la investigacion de la paternidad, habrá talvez algunos padres crueles que desconozcan á sus verdaderos hijos; pero en cambio no se adjudicarán hijos ilegítimos con la arbitrariedad que se usa hoy, ni se dará lugar á los procesos escandalosos que tan-

to abundan en los Tribunales, y que al admitir la ley esta clase de procesos, quiere el imposible de que la justicia humana averigüe con certidumbre la filiacion como cualquiera otro hecho litigioso cuando por el contrario, debe reconocerse esta imposibilidad, porque los hijos ilegítimos solo del amor de sus padres deben obtener lo que la ley no les puede dar con seguridad por otro medio.''

614—La excepcion consignada respecto del caso de violacion, es indispensable, porque exigir el reconocimiento en ese caso, seria favorecer el crímen, y agravar la situacion de la muger ofendida ya por el delito, haciéndola esperar el reconocimiento de paternidad del criminal.

615—El reconocimiento se hace generalmente en favor del hijo; pero como al mismo tiempo puede perjudicar á éste en su estado civil y en su honra, y produce obligaciones para él como la sujecion á la patria potestad, la de alimentar, y algunas otras, no se le puede obligar á reconocer por padres á los que en realidad no lo sean, y por esto, la ley dá derecho de contradecir la filiacion, al mismo hijo que reconocieron los que se suponen sus padres ilegítimos (232 C.) De otro modo, estaria en la mano de cualquiera hacer pasar por hijo suyo al que mejor le pareciera, é imponerle las obligaciones consiguientes al reconocimiento.

616—Fuera del hijo y del padre, ó de la madre que no intervino en el reconocimiento, á ningun otro debe competir la facultad de impugnarlo, porque la ley ha especificado las personas á quienes corresponde ese derecho, y se entiende que deja excluidos á todos los demás no mencionados.

TITULO DECIMOTERCIO.

DE LOS DEBERES ENTRE PADRES E HIJOS Y DE LOS ALIMENTOS.

617—Los padres están obligados á educar á sus hijos legítimos ó legitimados, á los ilegítimos reconocidos y á los adoptivos; á darles alimentos y á dejarles, á su muerte, una porcion alimenticia, cuando la necesiten, y no los hayan instituido herederos (148 y 284 C. y 71 Dec. de Ref. núm. 272.

PARRAFO PRIMERO.

EDUCACION Y HERENCIA.

618—La obligacion de educar á los hijos la impone necesariamente el estado de sociedad, y la reclama, no solo la naturaleza del hombre sino tambien la conveniencia pública, porque el progreso y bienestar de la nacion requieren que todo individuo posea un oficio, arte ó profesion, por cuyo medio pueda ser útil á sí mismo, á su familia y á la sociedad. Inteligente y libre el hombre, no cumple con solo dar á otros seres la vida física, aumentando simplemente el número de los individuos de su especie; tiene que aumen-

tarla con seres preparados para la realizacion de sus destinos, á quienes, además de la vida material, haya dado la vida del corazon y de la inteligencia, por medio de la educacion. Esta, por lo mismo, ha de ser proporcionada á la posicion y circunstancias personales y sociales del que la dá y del que la recibe, comprendiendo siempre alguna instruccion, por lo ménos la primaria, indispensable en todas las situaciones de la vida, y que por nuestras leyes es obligatoria, y el conocimiento de los principios de moralidad para la conducta privada, y de los deberes para la vida de ciudadano, miembro de esa sociedad.

619—La ley imponia tambien á los padres la obligacion de instituir herederos á sus hijos y recíprocamente, á los hijos, la de instituir herederos á sus padres (799 á 805 C.); pero los preceptos del Código, en esta parte, sufrieron varias reformas con el Decreto de 21 de Julio de 1879, y fueron despues totalmente derogados por el Decreto legislativo de 13 de Abril de 1881 en que se estableció la libertad de testar, sin mas límite que el derecho que dá la ley á algunas personas para ser alimentadas.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LOS ALIMENTOS.

620—Los padres están igualmente obligados á alimentar á sus hijos. Los alimentos comprenden las suministraciones precisas para la vida, es decir, no solo la comida y la bebida, sino tambien el vestido,

el calzado y habitacion, y en caso de enfermedad, lo que sea necesario para restablecer la salud. El fundamento de esa obligacion es una ley primordial de la naturaleza, sancionada por el instinto, por la razon y por las disposiciones civiles, y á esa obligacion responde la de los hijos de respetar y obedecer á sus padres, de darles alimentos en caso de necesidad de ellos, y de asistirlos en su vejez y en caso de enfermedad (238 C.), porque ellos son los autores de su existencia y á ellos deben los cuidados de su crianza y educacion, y el mas vivo interes por su felicidad.—Con tales fundamentos, la emancipacion del hijo no lo exime de estos deberes.

621—Los alimentos generalmente se clasifican en *naturales* y *civiles:* naturales, *los que son precisos para sostener la vida;* y civiles, *los que son proporcionados á las circunstancias pecuniarias y personales del que los pide y del que debe darlos* (75 Dec. de Ref. núm. 272). Se dividen tambien en *presentes* y *pretéritos:* presentes, *los que se requieren para llenar las necesidades actuales;* y pretéritos, *los que se reclaman por el tiempo ya pasado.* Recíproca como es la obligacion de alimentar, y comprendiendo además de los padres é hijos, á los otros ascendientes y descendientes en virtud de las relaciones de familia, corresponde tratar 1. ○ de los alimentos que se deben por los ascendientes y del órden en que han de prestarse: 2. ○ de los que se deben por los descendientes y del órden en que están obligados á darlos: 3. ○ del modo y forma en que la obligacion ha de cumplirse ó puede reducirse: 4. ○ de la naturaleza y privilegios de la deuda alimenticia: 5. ○ de las causas por las que se acaba la obligacion de alimentar.

I.

622—Con respecto á los hijos legítimos y legitimados, la obligacion de alimentarlos es comun al padre y á la madre, recayendo primero y mas directamente en aquel, como jefe de la sociedad conyugal; y despues, en la madre (1.° y 2.° 239 C.) En el estado de separacion de bienes, ámbos cónyuges deben proveer á las necesidades de la familia comun, en proporcion de sus facultades, regulando el Juez, si fuere necesario, la cuota con que cada uno debe contribuir (1176 C.): lo mismo en el caso de divorcio.

623—A falta de padre y madre, la obligacion de prestar alimentos pasa á los ascendientes paternos, y en defecto de ellos, á los maternos (3.° y 4.° 239 C.). Se extiende esta obligacion á los ascendientes, porque ellos son tambien la causa, aunque mas remota, de la existencia, y ese título los une con vínculo estrecho á sus descendientes, y crea en ellos vivísimo afecto y extraordinario interés por su suerte. Para que recaiga sobre ellos la obligacion de alimentar, no es indispensable absolutamente que el padre y la madre hayan fallecido: basta que se hallen en tal estado de pobreza, que no puedan suministrar los alimentos (240 C.), porque el vínculo y el interés que apoyan esa obligacion existen en todo tiempo, y por lo mismo puede hacerse efectiva desde que por cualquier motivo, no puedan llenarla los que están, en primer término, llamados á hacerlo. Entre los ascendientes, la obligacion de alimentar corresponde pri-

mero á los mas próximos, y despues, á los otros sucesivamente, es decir, primero á los abuelos: en seguidas á los bisabuelos; y despues, continuando en ese mismo órden. Así se deduce del órden que fijó la ley aun entre los ascendientes paternos y los maternos de un mismo grado (3.° y 4.° 239 C.); y de los términos en que está concebido otro artículo que habla de los abuelos y demás ascendientes cuando les llega su vez de alimentar á sus nietos y descendientes, segun el cual aparece que el abuelo tiene que alimentar al nieto ántes que otro ascendiente mas remoto. Del mismo modo, así como los abuelos tienen que alimentar, por causa de pobreza de los padres, tendrán que hacerlo tambien los ascendientes mas remotos por causa de pobreza de los mas próximos á quienes incumbia.

624—En cuanto á los hijos ilegítimos reconocidos, el deber de alimentarlos pesa sobre las mismas personas obligadas á dar alimentos á los legítimos y en el mismo órden (237 y 239 C.); es decir, primero al padre: luego á la madre: despues á los ascendientes paternos; y en seguidas, á los maternos. Acerca de si, respecto de tales hijos, la obligacion de alimentar pasa por causa de pobreza de aquel á quien incumbe, á quien le sigue en el órden de que se ha hecho mérito, habia dos soluciones contrarias. La primera, afirmativa, la consignaba el art. 240, equiparando en esa parte á los legítimos con los ilegítimos reconocidos: la negativa la establecia el art. 244, consignando que la obligacion que tienen los padres de alimentar á los hijos ilegítimos reconocidos, solo pasa á los abuelos despues que han muerto los padres; esto es, que no pasa mientras vivan, aunque por su po-

breza no puedan alimentar á los hijos. De estas dos resoluciones opuestas, la segunda no admitia explicacion plausible, ya que las relaciones naturales y civiles que median entre el ilegítimo reconocido y sus padres, median igualmente en su respectivo grado entre él y los ascendientes, y debiendo adoptarse la una ó la otra, quedó suprimida esa última por el art. 73 del Dec. de Ref. núm. 272.

625—Por lo que toca á los ilegítimos no reconocidos, no existiendo ningunas relaciones legales respecto del padre, la obligacion de alimentar toca exclusivamente á la madre y á los ascendientes maternos.

626—En órden á los hijos adoptivos, el adoptante está obligado á educarlos y alimentarlos lo mismo que á los legítimos; y ellos, á su vez, tienen la obligacion de alimentar y auxiliar al adoptante, cuando lo necesite por su vejez ó imposibilidad de trabajar (284 C.). Esta obligacion del padre, no pasa á los otros ascendientes del adoptante, porque no siendo naturales sino puramente civiles, las relaciones entre él y el adoptado, solo los comprenden á los dos, que son los que las han contraido, siendo esta misma razon la que hace que el adoptado no tenga derecho á los bienes de los parientes del adoptante (278 C.). Llegando el caso de que el último no pueda alimentar al adoptado, corresponde la obligacion á los padres naturales de él, porque la adopcion no extingue las relaciones que entre ellos y el hijo existen (276, 281 C.).

II.

627—Los hijos y descendientes están tambien obligados á alimentar á sus padres y ascendientes, segun el órden en que estan llamados á suceder abintestato (5. ° 239 C.); y esta obligacion recae sobre ellos en último lugar, y siguiendo el órden de la naturaleza, en defecto de padres y ascendientes del alimentado.

628—Ninguna duda hay respecto del deber de los hijos legítimos y legitimados de suministrar socorros y alimentos á sus padres y ascendientes. Incumbe primero á los hijos: luego á los nietos; en seguidas á los biznietos, y así sucesivamente, sin diferencia de ascendientes paternos y maternos. Por falta de los hijos, pasa á los nietos, y así en el mismo órden, no solo por falta absoluta en caso de muerte, sino tambien por causa de pobreza del obligado. No pudiendo, pues, el hijo dar alimentos por su pobreza, los dará el nieto (240 C.) Habiendo á un tiempo hijos y nietos, procedentes de otros hijos ya muertos, sobre unos y otros pesará la obligacion de alimentar, porque unos y otros entran á la sucesion; pero así como los nietos entran á heredar, representando solo una porcion que es la de su padre, todos los nietos procedentes de cada uno de los hijos muertos, solo deberian contribuir con una parte distribuida entre ellos, para la alimentacion.

629—Los hijos ilegítimos reconocidos tienen, en los mismos términos que acaban de expresarse, obli-

gacion de alimentar á sus padres y ascendientes (238 C. y 72 Dec. de Ref. núm. 272). Por causa, no solo de muerte, sino de pobreza del que debe prestarlos, pa sa la obligacion al que le sigue en el órden de sucesion (art. cit.)

630—Los ilegítimos, no reconocidos por el padre, solo están obligados á alimentar á la madre y ascendientes maternos.

631—Los adoptivos, segun ya ántes se ha dicho, deben prestar alimentos y asistencia al padre adoptante; pero la obligacion no se extiende á los padres ó ascendientes de éste, porque no los une al adoptado, vínculo alguno natural ó civil.

632—Aunque la ley no hace designacion expresa de la clase de alimentos que en todos estos casos se suministran, debe entenderse que serán civiles los que han de darse.

III.

633—Para conseguir la suministracion de alimentos de una persona que se niega á hacerla, debe acreditarse el título por el cual se deben, la necesidad del que los pide y la posibilidad de darse por aquel á quien se piden (1067 C. pr. y 83 Dec. de Ref. núm. 272). Para la procedencia del reclamo, es condicion indispensable la necesidad del que ha de ser alimentado, porque el que tiene medios de subsistir por sí, no puede exijir de otro que lo alimente. Acreditada esa necesidad, la autoridad judicial regula la pension alimenticia que debe suministrarse; y esa regulacion se hace, en proporcion á las circunstancias

personales del que la pide y á la posibilidad del que debe darla, atendiéndose no solo á la fortuna de éste, sino á las otras obligaciones á que se se halle sujeto, por ejemplo, al sostenimiento de una familia numerosa; y sin que para eso sea preciso investigar rigurosamente el valor exacto de sus bienes ó rentas, y entrar en una inquisicion no compatible con los derechos y garantias comunes (246 C.).

634—Los alimentos se dan por mensualidades anticipadas (1071 C. pr.), por la naturaleza y urgencia de ellos para llenar exigencias que no admiten espera; y como la base para la cuota se toma de la necesidad del alimentado y de la posibilidad del alimentista, puede aumentarse la pension en atencion á ellas, así como tambien podrá disminuirse y aun cesar completamente. En consonancia con este principio, en todos los casos en que el hijo menor tenga bienes cuyos frutos no haga suyos el padre, se aplicará de esos frutos la parte que sea suficiente para los alimentos y educacion del hijo, que teniendo como proveer á ellos, no debe gravitar sobre el padre. Si los frutos no bastáren, quedará éste obligado solamente á satisfacer la parte que falte (241 C.) Esta misma prescripcion tiene lugar cuando el hijo tiene algo própio suyo, por razon de su trabajo ó industria, ó por sueldos provenientes de empleos públicos (242 C.); y una y otra comprenden á los abuelos y demas ascendientes, cuando les llega su vez de alimentar á los nietos y descendientes, por militar las mismas razones (243 C.).

635—Fundada en idénticos motivos, la ley establece que cuando el alimentado mejora de fortuna, esto es, se reduce su necesidad, tiene el qué dá los alimentos,

derecho de pedir que la cantidad que suministra se reduzca, segun las circunstancias; y si la mejora de fortuna es tal que hace desaparecer por completo la necesidad, de pedir que cese enteramente su obligacion (251 C.) Así tambien, si el que dá los alimentos empeora de fortuna, es decir, que se cambia su posibilidad, puede, á su vez, pedir que se reduzca en proporcion la cuota alimenticia; y si el cambio es tal que le quite la posibilidad, que cese la obligacion completamente (250 C.) Y si por el contrario, el que presta los alimentos mejora de fortuna, ó aumentan las necesidades del que tiene derecho á ser alimentado, puede éste obtener del Juez, un aumento de la pension señalada, en proporcion á las circunstancias (252 C.)

636—El que está obligado á dar alimentos, cumple con entregar la pension alimenticia sin que, generalmente hablando, tenga que llevar al alimentado á su casa, porque ésto podria algunas veces hacer mucho mas gravosa su obligacion (247 C.) Tampoco el alimentado tiene que ir á recibir los alimentos en especie, en casa del alimentista, porque no se le puede exigir generalmente que viva con otro; pero cuando es un hijo el que ha de ser alimentado, y el padre solicite que reciba los alimentos en su casa, y el Juez comprenda que esto es mas provechoso para el hijo, puede disponerlo así; entendiéndose siempre que el hijo sea mayor de tres años, pues ántes de esta edad, el padre no tiene facultad de llevarlo á su casa para cumplir allí con la obligacion de alimentarlo, porque reclamando imperiosamente los cuidados de la madre, debe permanecer á su lado (248 y 249 C.) Cuando se trata de hijos de cónyuges divor-

ciados, quedan en poder de la madre las hijas de toda edad y los hiios varones menores de cinco años (182 C.).

637—Los alimentos pueden reclamarse, no solo de la persona que tiene el deber de darlos, miéntras vive, sino iniciarse el reclamo ó continuarse contra los herederos, como sucesores de todas las obligaciones de su causante, entre las que figuran la de alimentar, obligacion que no tiene el carácter personalísimo é intrasmisible del derecho á alimentos que no pasa á los herederos.

638—Segun el artículo 158 del Dec. de Ref. núm. 272, los padres pueden disponer libremente de sus bienes, por testamento, aunque tengan descendientes; pero esta facultad no se extiende á despojar á los hijos legítimos privados de la herencia, á los ilegítimos y á los demás que tienen derecho á ser alimentados en caso de necesidad legalmente demostrada, del expresado derecho porque es imprescindible y el padre no puede pasar sobre él sin causa legal (159 Dec. cit.). Respecto á la porcion alimenticia que debe darse á los descendientes legítimos privados de la herencia, no podrá exceder de la parte que les habria correspondido, si el padre hubiera distribuido con igualdad sus bienes entre sus hijos, porque de otra suerte, reportarian la ventaja de una verdadera mejora, cuando la voluntad del padre era manifiesta de que no la obtuviesen, puesto que aun los privó del derecho á su herencia (78 y 80 Dec. cit.).

639—Los alimentos de los hijos ilegítimos, habiendo descendencia legítima, no pueden exceder del quinto de los bienes; y si los legítimos fueren mas de cuatro,

la porcion alimenticia de los ilegítimos, no excederá de lo que hubiera tocado á los hijos legítimos é ilegítimos, si el testador hubiera distribuido entre ellos con igualdad sus bienes, para no hacer de mejor condicion á los ilegítimos que á los legítimos (79 Dec. de Ref. núm. (272). Siendo ascendiente el heredero instituido y ascendiente el que reclama alimentos, no podrá percibir por razon de ellos, mas de lo que le hubiera correspondido en la sucesion intestada (81 Dec. cit.), pues de otra suerte, quedaria mejorado. Fuera de estos casos, los alimentos que se deben á las personas que los reclaman no tendrán mas límite que el de la necesidad del que ha de ser alimentado, atendidas las condiciones en que han de prestarse (82 Dec. cit.). Así sucederia si el heredero instituido fuese un extraño.

640—En todos los casos en que hay obligacion de suministrar alimentos, puede acontecer que los haya suplido persona sobre quien no pesaba la obligacion de darlos. Esta, tendrá derecho á ser indemnizada por quien corresponda, si los suministró con protesta de cobrarlos, para que no se presuma que lo hizo por liberalidad y beneficencia; y con tal de que á las suministraciones haya precedido reconocimiento hecho por el padre en forma legal (77 Dec. cit.). La accion para exigir los alimentos pretéritos solo puede ejercitarse por los que corresponden á los dos últimos años, pero nó por los anteriores, porque se agravaria mucho la obligacion haciendo pagar en junto una gruesa suma; y estos dos años, para las últimas pensiones, se cuentan desde que cesó la obligacion de dar alimentos (659, 660 C.). Si los alimentos suministrados han de cobrarse del mismo alimentado, se necesita que, ántes ó en el acto de la entrega, se proteste

por documento público, y con noticia del agraciado ó de quien lo represente, el derecho de reclamar el pago (2265 C.).

IV.

641—El derecho á los alimentos presentes es inherente á la persona que debe ser alimentada; y por consiguiente, es intrasmisible, irrenunciable y no puede ser objeto de transaccion (74 Dec. de Ref. núm. 272). No podrá pues, trasmitirse por muerte, porque con ésta cesan las necesidades del que tenia, fundado en ellas, el derecho: no puede renunciarse, porque afecta directamente la propia conservacion; y no puede enagenarse ni ser objeto de transaccion, tanto por el fraude que podria cometerse, halagando al alimentado con entregarle, de momento, una suma que no seria proporcionada, cuanto porque, consumida ésta, y subsistiendo sin embargo sus necesidades, quedaria privado ya de ese derecho indispensable para vivir. El objeto de los alimentos es asegurar la vida, y esa seguridad desapareceria desde que se admitiese la enagenacion ó transaccion. El derecho á los alimentos pretéritos que no tienen el carácter de urgencia que los presentes, sí puede trasmitirse, renunciarse ó compensarse; y lo mismo, los bienes ya adquiridos por razon de alimentos, aunque sean presentes, pues ya falta la razon (art. cit.).

642—Por un motivo análogo, el que debe alimentos presentes, no puede oponer compensacion al deman-

dante por lo que éste le adeude (76 y 340 Dec. de Ref. núm. 272). La accion de alimentos presentes goza, por su objeto, de toda la proteccion de la ley; y si, al que los necesita, se opusiera la compensacion de lo que él debe por otro título, se le reduciria á la necesidad de perecer de miseria. La misma consideracion hace igualmente que no puedan ser embargadas las pensiones de alimentos (197 Dec. de Ref. núm. 273). Mas todas estas prescripciones se refieren al derecho á los alimentos, ó sea á los alimentos presentes y futuros; y nó á las pensiones atrasadas, ó sea á los alimentos pretéritos. Respecto de éstos, no milita como respecto de aquellos, la exigencia de sostener la vida, puesto que ya están satisfechas las necesidades del pasado. Así es que el derecho á las mensualidades vencidas puede enagenarse por persona capaz, puede renunciarse y está sujeto á compensacion.

643—Entre los demas privilegios ó consideraciones particulares que el derecho atribuye á los alimentos, deben mencionarse varios, siendo uno el de que no se trae á colacion lo que se hubiere gastado en alimentar, educar ó enseñar alguna profesion, arte ú oficio á los hijos ó descendientes (994 C.).

644—El deudor puede pagar la deuda á su acreedor, aunque éste sea menor, loco ó fátuo, y aunque sea en ausencia de los guardadores; y concluye la obligacion en la parte pagada, si el deudor prueba que lo que pagó se invirtió en alimentarlo ó medicinarlo (332 Dec. de Ref. núm. 272).

645—Tiene privilegio, para ser pagado entre los acreedores de tercera clase, el crédito por alimentos fiados al deudor para su subsistencia y la de su fa-

milia, en los seis meses anteriores á la formacion del concurso (1. ° 2418 C.).

646—Por último, son materia de juicio sumario, es decir, de un procedimiento mas breve que el ordinario, en atencion al carácter urgente que tienen, las acciones sobre alimentos presentes que se deban por ley; las que versen sobre la aseguracion de los mismos, y las que versen sobre la cantidad de ellos, aunque el derecho proceda de contrato ó de testamento (1080 C. pr. y 235 Dec. núm. 273).

647—Acerca de si la deuda alimenticia, cuando puede exigirse de varias personas, es solidaria ó divisible, no es uniforme la resolucion de los Códigos. El nuestro no establece terminantemente ese carácter solidario, y en consecuencia, es mas exacto sostener que es divisible, siguiendo el espíritu de la disposicion que establece que cuando dos ó mas se obligan, sin mancomunidad expresa, la obligacion se entiende divisible. En consecuencia de la divisibilidad de la obligacion, el que tiene el derecho no podrá exigir la totalidad de la suma que necesita para alimentos, de uno solo de los obligados, dejando á cargo de éste exigir de los demas la cuota correspondiente. Si un padre pues, tiene varios hijos, no podrá hacer que uno solo de ellos le entregue toda la pension que para sus alimentos necesita, sino la parte proporcionada á las circunstancias de cada uno. Si necesita por ejemplo, de cien pesos mensuales, y tiene tres hijos y las circunstancias de los hijos son idénticas, de cada cual podrá exigir una tercera parte: si uno de ellos no puede contribuir sino con la mitad de lo que contribuyen los otros, él pagará veinte y cuarenta cada uno de los otros dos. Y si uno de ellos es abso-

lutamente pobre, de suerte que no pueda contribuir con nada, la obligacion pesará únicamente sobre los otros, y cada uno de ellos tendrá que dar cincuenta.

648—La urgencia de la solicitud del acreedor alimenticio, no basta para dar, en general, á la deuda un carácter solidario, porque debiendo atenderse tambien á la posibilidad y circunstancias del obligado, se pondria en conflicto su patrimonio, si tuviera indistintamente en todos los casos, que responder por la parte que tocára á los otros que tuvieran igual obligacion á la suya. Así, demandado uno solo de varios obligados contra quien se reclamara la totalidad, podria hacer que tomáran parte en el juicio todos los demás.

V.

649—La obligacion de dar alimentos se acaba en cuanto acaba la necesidad de aquel á quien se deben, como si muere, ú obtiene una fortuna ó medios de vivir por sí, en cualquier tiempo; y se acaba tambien en cuanto se acaba la posibilidad del que ha de suministrarlos.

650— Además, se pueden negar los ascendientes á alimentar ó continuar alimentando á sus descendientes, y viceversa, éstos á aquellos, aunque subsista la necesidad del que los reclama y la posibilidad de aquel á quien se piden, cuando media ó sobreviene alguna de las causales siguientes, que se estiman de gravedad tal que destruyen ó modifican profundamente las relaciones civiles, por la ingratitud que suponen. (253 y 254 C.)

1.ª—*Haber atentado el que pretende los alimentos contra la vida del que los ha de suministrar*, por ser la mayor falta que recíprocamente se puede cometer (1.° 253 C.).

2.ª—*Ocasionarle maliciosamente una pérdida considerable en sus bienes*, pues no hay razon para obligar á una persona á mantener á otra que se ha propuesto causarle, y le ha causado, la ruina ó un notable quebranto de sus intereses (2.° 253 C.).

3.ª—*Acusarle ó denunciarle de algun delito*, porque el hacerlo revela que se desconocen los vínculos naturales respetados por la misma ley al establecer la incapacidad para presentarse como acusadores (4.° 12 C. pr. crim.) Se exceptúa el caso en que la acusacion ó denuncia se hace en causa propia de la muger ó de los hijos (3.° 253 C.), ya que entónces se les puede admitir como acusadores (13 C. pr. crim.), y ya que entónces tambien, el derecho de la conservacion propia, y de séres tan íntimamente unidos al que hace la acusacion ó denuncia, demuestran que es un motivo superior y preferente, y nó de desnaturalizacion, el que ha compelido á dar ese paso.

4.ª—*Abandonarlo estando loco ó gravemente enfermo* (4.° 253 C.). Ese abandono significa una monstruosa ingratitud, y el que no ha cumplido en esos casos extremos con obligaciones sagradas que sobre él pesaban, y ha olvidado sus relaciones de familia, no puede despues invocar éstas para ejercitar derechos que han de ser correlativos.

5.ª—*Tener acceso carnal con la muger del alimentista* (5.° 253 C.), como que es un delito gravísimo contra el honor que echa la vergüenza y el ridí-

culo sobre el marido con cuya muger se ha cometido esa falta.

651—Pero para que las causales mencionadas eximan al padre ó descendiente de dar alimentos, es indispensable que el hijo ó descendiente que ejecutó los hechos á que ellas se refieren, tenga la capacidad que el Código penal exige en los respectivos casos, pues si por falta de edad, no está sujeto todavia á responsabilidad criminal, no deben pesar sobre él consecuencias que se declaran bajo el supuesto de que la accion ha sido ejecutada dolosamente (256 C.) Por analogía de razon, cuando el ascendiente ó descendiente fueran locos, y en ese estado, ó mediando justamente otra circunstancia que eximiera de responsabilidad, cometieran alguno de esos hechos, deberia decirse otro tanto.

652—Independientemente de estas causas para negar ó hacer cesar los alimentos, que son comunes á ascendientes y descendientes, estos últimos no pueden exigir alimentos en los casos que siguen:

1 ° —*Si han cumplido 21 años de edad*, á no ser que se hallen habitualmente impedidos ó enfermos (1 ° —255. C.) Esta prescripcion tiene por objeto evitar que el hijo en la confianza de que hay quien pueda mantenerlo, no se dedique á trabajar y proporcionarse los medios de subsistencia. El que ya es mayor de edad y no tiene ninguna enfermedad ó impedimento que lo imposibilite, se presume que puede, por sí, proveer á la satisfaccion de sus necesidades, y que si no lo hace, es por pereza y abandono que no debe fomentar la ley si no destruir.

2. ° —*Si se les ha asegurado la subsistencia hasta la misma edad* (2. ° 255 C.).

3. ° —*Si se les ha enseñado una profesion, arte ú oficio con que puedan subsistir* (3. ° 255 C.).

653—La razon de estos otros casos es por una parte, la expresada en órden al primero; y por otra, que en tales circunstancias, falta la necesidad para hacer recaer sobre otro el gravámen de suministrar alimentos. Los padres cumplen con dar á sus hijos una profesion ú oficio que pueda proporcionarles la vida: si teniéndolo ellos y pudiendo, aun cuando sean menores de edad, proveer con sus productos á lo que reclaman las exigencias de la vida, no quieren trabajar, su desidia debe perjudicarles; y la ley, quitándoles el derecho de que otro los alimente, crea un estímulo para el trabajo y la produccion. Asegurar la subsistencia hasta la mayor edad, debe entenderse que es consignar un fondo que vaya satisfaciendo las necesidades respectivas, nó que se entregue al hijo desde luego una suma, pues podria disiparla y verse despues en el mismo caso de necesidad.

654—Para concluir, es oportuno hacer mencion de los artículos 1163 y 2383 del Código. El primero establece que los alimentos que se den á la viuda durante la indivision de los bienes de la sociedad, se imputarán á sus respectivos gananciales. El otro, despues de tratar del beneficio de competencia que se concede á ciertos deudores, para no obligarlos á pagar mas de lo que buenamente puedan, establece que no se puede pedir alimentos y beneficio de competencia á un mismo tiempo; y que el deudor elegirá, lo cual puede tener lugar cuando por ser descendiente, ascendiente ó cónyuge del acreedor, tenga derecho á alimentos.

TITULO DECIMO-CUARTO.

DE LA LEGITIMACION.

655—Descansando la filiacion legítima en la presuncion de paternidad que la ley atribuye al marido, los nacidos fuera del matrimonio no deberian en rigor, recibir del contraido entre sus padres con posteridad á su nacimiento, el estado civil de legitimidad, contrario á su orígen. Se introdujo sin embargo lo contrario, en favor de las costumbres de la sociedad, interesada en sustituir al concubinato la union autorizada y reconocida por la ley, á la cual impulsará generalmente como el motivo mas poderoso, la suerte y la consideracion de los hijos ya procreados; y en favor de la constitucion de la familia y de los hijos inocentes, no pudiendo establecerse entre ellos y los que de sus mismos padres nacieran despues del matrimonio, una desigualdad de condicion que seria repugnante y orígen de discordia y desconcierto.

656—La legitimacion, tal como hoy se conoce, *es uno de los efectos del matrimonio, por el cual los hijos reconocidos habidos entre los contrayentes ántes de su celebracion, adquieren el estado y los derechos de legítimos.*

PARRAFO PRIMERO.

MATRIMONIOS QUE PRODUCEN LA LEGITIMACION.

657—Todo matrimonio celebrado con arreglo á la ley produce como uno de sus efectos civiles, el de la legitimacion de los hijos. Lo produce no solo el que es verdadero y válido, sino áun el que es nulo, aunque ninguno de los cónyuges haya procedido de buena fé (193, 259 C. y 58 Dec. de Ref. núm. 272).

658—El matrimonio produce la legitimacion aun cuando se contraiga en artículo de muerte, ó en una edad tan avanzada en que los cónyuges no puedan tener sucesion; porque la ley no ha distinguido ni exige otra condicion que la de que se contraiga el matrimonio, y porque los hijos habidos ántes, han sido sin duda la causa impulsiva mas poderosa para realizar el matrimonio, y la intencion de legitimarlos aparece evidente en los padres, desde que siguen el camino que traza la ley para obtenerlo.

659—No importa para la legitimacion que entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio que debe producir su legitimacion, haya habido otro matrimonio intermedio. Este no impide que el otro se haya realizado, y verificado así, existen las mismas consideraciones y motivos para que tenga efecto la ley. Así, si Pedro procrea varios hijos ilegítimos con Juana: luego contrae matrimonio con Maria; y despues enviuda y se casa con Juana, este matrimonio legitima los hijos habidos ántes con ella (258 C.).

PARAFO SEGUNDO.

QUIENES PUEDEN SER LEGITIMADOS.

660—En el derecho español, en que se hacian tantas divisiones de hijos ilegítimos, no todas las clases de éstos podian obtener legitimacion. El Código nuestro, por una parte no reconoce esas distinciones; y por otra, parece natural que, desde que se autoriza el matrimonio entre dos personas, el efecto de la legitimacion se extienda siempre á los hijos habidos entre ellas con anterioridad. Así, cualquiera hijo ilegítimo nacido podrá ser legitimado, con tal de que sus padres puedan despues contraer y contraigan legalmente matrimonio.

661—Respecto de los hijos concebidos ántes del matrimonio y nacidos despues de él, el artículo 265 establecia que podian ser legitimados, si el padre al casarse declaraba que reconocia al hijo de quien la muger estaba encinta, ó que lo reconocia si ella estaba encinta (265 C.); pero aunque sea de poca importancia la distincion de legítimos y legitimados por equipararse en sus derechos, debe notarse que en ese caso, no hay propiamente legitimacion, sino legitimidad ó ilegitimidad, como que el hijo ya nace durante el matrimonio, y el artículo 212, segun oportunamente se expresó, declara que el marido no puede desconocer su legitimidad, si ántes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez, ó si firmó ó hizo

firmar á su nombre, la partida del nacimiento en el Registro civil. Se vé, pues, que el padre podrá en algun caso desconocer al hijo, y éste será entónces ilegítimo; ó no habrá apoyo legal para el desconocimiento, y será entónces legítimo. Así se modificó aquel artículo por el 85 del Dec. de Ref. núm. 272.

662—Pueden ser legitimados aun los hijos que, al tiempo de celebrarse el matrimonio hayan fallecido, dejando descendientes (264 C.), y la legitimacion aprovecha á estos últimos (266 C.), pues que instituida la legitimacion en favor especialmente de la prole, hay tanta razon para otorgarla á los hijos vivos como á los otros descendientes que representen la persona del hijo muerto. Hay siempre para la legitimacion una especie de ficcion que reputa la union anterior de los contrayentes, como una anticipacion del matrimonio que han celebrado despues, y considera á los hijos nacidos de esa union y á todos los que de ella han descendido, como hijos de ese matrimonio por anticipacion.

PARRAFO TERCERO.

CONDICIONES DE LA LEGITIMACION.

663—Para que los hijos ilegítimos queden legitimados por el subsiguiente matrimonio, es indispensable que los que los contraen lo reconozcan como tales hijos (260 C.) Ese reconocimiento es la base sobre que descansa la legitimacion, como que es la base tam-

bien de la certeza para la paternidad, y la ley lo exige con el objeto de que, confesando los padres ser suyos aquellos hijos, no quede duda despues de su procedencia, ya que puede suceder que cualquiera de los contrayentes tenga, al celebrar el matrimonio, hijos de otra union diferente.

664—El reconocimiento debe ser expreso, para que la legitimacion surta sus efectos legales, y constante en el Registro civil, en escritura pública ó en testamento (229 C.); y pueden hacerlo los padres, ántes de la celebracion del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, ó durante él, debiendo hacerlo ambos, juntos ó separadamente (260 C.). No se necesita sin embargo, el reconocimiento expreso de la madre, si consta el nombre de ésta en el registro civil, y el hijo fué reconocido por el padre ántes del matrimonio (261 C.); y tampoco se necesita el reconocimiento del padre, si con su consentimiento se expresó ó se consignó su nombre en el Registro civil (84 Dec. de Ref. núm. 272.). En estos casos, ó está hecho ya el reconocimiento, ó se han practicado actos que lo indican de una manera cierta.

665—La legitimacion se produce por disposicion de la ley, así es que no se necesita del consentimiento de los hijos que van á ser legitimados, como no se necesita tampoco para el matrimonio, del cual es efecto natural. Mas, como de la legitimacion sí resultan derechos á favor de los padres, y como se necesita el reconocimiento de los hijos, éstos pueden contradecir la filiacion impugnando el reconocimiento (232 C.) que, como se ha visto, es base de la legitimacion. Por una razon análoga, cuando el que se cree hijo de dos personas que despues contraen matrimo-

nio, no es reconocido por ellos, debe ser admitido á probar, y pedir que se declare su filiacion, para establecer como consecuencia de ella, su condicion de legitimado.

666—Luego que se registre el matrimonio de personas que, ántes ó al tiempo de casarse, hayan reconocido á un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimacion de éste, en el acta de registro de su nacimiento, pero la omision de dicho requisito no puede oponerse á su calidad de legitimado (460 C.) Pudiendo ser posterior el reconocimiento, se procederá entónces análogamente.

PARRAFO CUARTO.

EFECTOS DE LA LEGITIMACION.

667—El principal efecto de la legitimacion es igualar en todo á los hijos legitimados y á los legítimos, pues unos y otros tienen los mismos derechos (263 C.). Los adquieren los hijos legitimados desde el dia en que se celebró el matrimonio de los padres, aunque el reconocimiento sea posterior (263 C.), porque éste no viene á crear la filiacion, sino á declarar su existencia anterior; y los padres y los hijos legitimados, tienen recíprocamente los derechos y obligaciones señalados por la ley á la paternidad y filiacion legítima, y trasmiten, segun ántes se ha indicado, á los descendientes, los provechos que resultan de la legitimidad (266 C.).

668—Esa igualdad establecida por la ley, en los

derechos de los légitimos y de los legitimados, es necesaria por que, proponiéndose el objeto de cortar relaciones ilícitas y de estimular al matrimonio por la consideracion á los hijos habidos, se contrariaría su espíritu y se dejaria un gérmen de discordia en el seno de la familia, si se disminuyera de cualquier modo la plenitud de derechos. Así, bajo la denominacion de hijos legítimos deben comprenderse en todo caso los legitimados, á ménos que se les exceptúe expresamente.

669—Refiriéndose la adquisicion de los derechos de los legitimados al dia de la celebracion del matrimonio, el beneficio de ella no debe retrotraerse á una fecha anterior á él: así, el legitimado será el primogénito entre los hijos del matrimonio que produce la legitimacion; pero nó entre los hijos de un matrimonio anterior á su legitimacion. Así tambien, el legitimado, como tal, no tendrá derecho á las sucesiones de los parientes que hubieren fallecido ántes del matrimonio que ha operado su legitimacion, aunque al tiempo de la muerte de ellos estuviera ya concebido y aun nacido, pues la legitimacion posterior á la apertura de las sucesiones no puede quitar á terceros, un derecho que ya tenian legitimamente adquirido.

PARRAFO QUINTO.

DE LAS OTRAS ESPECIES DE LEGITIMACION DEROGADAS.

670—Parece propio terminar esta materia haciendo mencion de las otras especies de legitimacion ad-

mitidas antes entre nosotros, y que el Código ha derogado claramente al establecer que el único medio de legitimacion es el subsiguiente matrimonio de los padres (258 C.).

671—Esos medios eran por oblacion á la Curia, y por rescripto, que traian su origen del derecho romano; y por declaracion en testamento ú otra escritura pública.

672—El primero debió su orígen á que, entre los romanos, hubo un tiempo en que el oficio de curial, semejante al municipal entre nosotros, imponia á los que lo desempeñaban, grandes obligaciones y gastos. Como estímulo y compensacion de las cargas que le eran anexas, se concedió á los curiales el derecho de legitimar á sus hijos por el hecho solo de ofrecerlos á la Curia, inscribiéndolos en sus registros. En el derecho español, cambiados la naturaleza de la institucion y el fin político de ella, la oblacion á la Curia se convirtió en oblacion á la Corte. Entre nosotros, como que faltaban las razones que le dieron orígen, nunca estuvo en uso ese medio de legitimacion; y tanto por esta razon, cuanto por que no es conciliable con nuestro sistema y costumbres, la ley no lo admite.

673—La legitimacion por rescripto era la que el monarca concedia por gracia cuando, señor absoluto, superior á las leyes y dueño de vidas y haciendas, podia crear el parentesco que resulta de la legitimacion y cambiar el órden de sucesion por medio de rescriptos. Con notables modificaciones respecto de esos puntos, estaba adoptado entre nosotros ántes del Código. Un decreto legislativo de 3 de Setiembre de 1861 declaró que correspondia al Presidente de la República de acuerdo con el Consejo de Estado autorizar los actos de

legitimacion; y otro gubernativo de 7 de Febrero de 1868, fijó los requisitos que para ello debian concurrir y el servicio pecuniario con que habia de contribuirse; pero de todos modos, ese medio ha sido justamente suprimido por que no cabe en el sistema de gobierno que nos rige. En el derecho público moderno, ninguna autoridad puede conceder los derechos de filiacion legítima cuando la ley los niega, ni cambiar el sistema de trasmisibilidad legal, ó quitar derechos ya adquiridos, por hacer gracia á un tercero. (Chacon.)

674—En cuanto al otro medio, además de que ni áun estaba apoyado claramente en disposicion legal, tampoco podria sostenerse, por que no puede depender el estado civil de los hijos de la voluntad privada de los padres.

TITULO DECIMOQUINTO.

DE LA ADOPCION.

PARRAFO PRIMERO.

675—La *adopcion* ó prohijamiento *es el acto, revestido de la sancion de la autoridad judicial de tomar por hijo al que naturalmente no lo es* (267 C). El que toma á otro por hijo se llama *adoptante*: aquel á quien se toma, *adoptado*; y la autoridad que interviene es el Juez de 1.ª Instancia del domicilio del último, en la forma establecida por las leyes de pro-

cedimientos (267 C). La adopcion es pues, una creacion de la ley; y por lo mismo, produce relaciones puramente civiles de paternidad y filiacion, á diferencia de las que existen entre el padre y sus hijos legítimos ó ilegítimos reconocidos, que son á la vez naturales y civiles, como que éstas traen su orígen de aquellas.

676—La adopcion fué de grande importancia entre los romanos, como médio de conservar el culto público conservando el derecho de sacrificios y dioses familiares: servia para reunir en una sola familia, dignidades de ambos órdenes, patricio y plebeyo, y para evitar las penas de la ley Papia Popea. En los pueblos modernos, ha carecido de esos motivos de importancia, y áun muchas legislaciones, tácita ó expresamente la han declarado abolida. Aunque entre nosotros, ha sido y es muy rara, el Código nuestro, á semejanza de algunos otros, ha conservado la institucion, tratando en lo posible, de subsanar la falta de la naturaleza, y dar hijos á los que no los tienen, para que hagan recaer en ellos sus afecciones y sus bienes. Muchas veces, siguiendo estrictamente el principio de que la adopcion imita á la naturaleza, se la ha desviado de su principal objeto imponiendo muchas restricciones: nuestra ley se fija principalmente en que sea provechosa para el adoptado y en que no cause perjuicio á terceras personas.

677—Toca examinar aquí: 1. ° qué circunstancias se necesitan en la adopcion, de parte del que adopta: 2. ° Cuáles deben concurrir de parte del adoptado: 3. ° De los efectos de la adopcion; y 4. ° del fin y revocacion de la adopcion.

I.

678—Son condiciones relativas al adoptante, para que pueda adoptar:

1. ᵒ—*Que sea mayor de* 60 *años* (86 Dec. de Reformas número 272). Como se vé, se fija la ley en una edad en que haya desaparecido para el adoptante, la esperanza de tener descendencia natural.

2. ᵒ—*Que sea mayor que el adoptado, cuando ménos, en* 15 *años.* (2. ᵒ—269 C.), para que haya una diferencia de edad capaz de fijar aparentemente las relaciones de paternidad y filiacion, y porque las ventajas de la adopcion no podrian esperarse si el adoptado era mayor que el adoptante ó tenia una edad próximamente igual á la suya.

3. ᵒ—*Que no tenga hijos legítimos ni ilegítimos reconocidos* (3. ᵒ 269 C.) porque si los tiene, falta una de las principales razones que podrian motivar la adopcion. Bajo la palabra *hijos* deben comprenderse en general los descendientes, bastando que estén por nacer.

4. ᵒ—*Que si es casado, concurra el consentimiento del cónyuge.* (87 Dec. de Ref. núm. 272), pues para la introduccion de un nuevo individuo en la familia, debe ser indispensable que concurra la voluntad de los dos jefes. Debe advertirse sin embargo, que el simple consentimiento que presta un cónyuge para la adopcion que hace el otro, no lo constituye adoptante (272 C.). La adopcion ha de ser un acto expreso y formal, y si el cónyuge que presta su consentimiento,

renuncia en virtud de él á ciertos derechos provenientes del otro cónyuge que pudieran corresponderle, no por eso ha de entenderse que es su intencion conferir al adoptado los suyos própios. Debe advertirse que, no obstante la separacion legal, segun la reforma, se requiere el concurso del cónyuge, porque esa separacion puede cesar; y de lo contrario, cuando cesa, no habria razon para que sus efectos se extendieran al cónyuge reconciliado á quien pueden perjudicar.

679—De las condiciones expresadas se sigue que toda persona que las reuna, cualquiera que sea, está en aptitud de adoptar. Así, pueden adoptar los célibes, aunque todavia puedan tener descendencia natural, si bien esa facultad se ha restringido en otras legislaciones, para fomentar los matrimonios, evitando la facilidad de darse hijos ficticios por un acto puramente civil como es la adopcion. Pueden adoptar tambien los naturalmente impotentes, ya que si se les negára esa facultad, por imitar servilmente á la naturaleza, se privaria del consuelo de los hijos á los que son acaso los que mas lo necesitan ó los desean. Pueden finalmente adoptar los varones y las mugeres, no habiendo razon plausible para negar á éstas esa facultad, puesto que son capaces de pátria potestad; y el temor de que puedan ser engañadas llevaria hasta á privarlas de la facultad de celebrar cualquier contrato y aún de contraer matrimonio.

680—La única excepcion racional es la que se refiere al tutor, á quien no se permite adoptar á su pupilo sino despues que haya terminado la tutela por cualquiera de los medios legales y hayan sido aprobadas

las cuentas, tanto porque en virtud de la autoridad que ejerce sobre el pupilo podria tacharse de forzado el consentimiento que prestára el último, cuanto porque cabria la sospecha de que la adopcion se hiciera por eximirse de la obligacion de rendir las cuentas de la tutela y eximirse de las responsabilidades consiguientes (270 C.).

II.

681—Son condiciones relativas al que ha de ser adoptado:

1.ª—*Que, si se halla bajo la pátria potestad, consientan sus padres la adopcion* (5.º—269 C.), porque los padres tienen la representacion natural y legal de los hijos, son los llamados á apreciar lo que puede aprovecharles ó serles perjudicial, y sin su consentimiento, nada puede hacerse en perjuicio ó menoscabo de su autoridad.

2.ª—*Que si es menor y no está bajo pátria potestad, preste su consentimiento el tutor* (6.º—269 C.) que es quien se halla designado por la ley para reemplazar á los padres en el cuidado de la persona y bienes del menor.

3.ª—*Que si fuere mayor de* 14 *años el adoptado, preste él tambien directamente su consentimiento ante el Juez* (1811 C. pr. y fr. 2.ª 86 Dec. de Ref. núm. 272). Se necesita en todos estos casos, el consentimiento del menor y de los que lo representan, porque la adopcion, al mismo tiempo que confiere derechos, crea tambien obligaciones.

682—Tanto por conservar la semejanza de la adopcion con la naturaleza, como principalmente porque se logre su objeto en provecho del adoptado, y no se establezca la division en la autoridad á que esté sujeto, ninguno puede ser adoptado por mas de una persona, á no ser por dos cónyuges (271 C.). La ley ni áun autoriza la adopcion simultánea por hombre y muger libres, porque emanando la adopcion únicamente de una ficcion legal, y estableciendo relaciones civiles y nó naturales entre adoptante y adoptado, se ha tratado de guardar la semejanza con el parentesco civil que resulta para los hijos del matrimonio, y nó con el puramente natural que resulta de otra union. No creo, sin embargo, que se oponga á la prescripcion de la ley, que el que fué adoptado por una persona, muerta ésta, pueda serlo por otra, asi como tampoco que el adoptante tenga varios hijos adoptivos.

683—Un cónyuge no puede, sin el consentimiento del otro, darse en adopcion, pues llegando á realizarse ese caso excepcional, hacer depender sus efectos de la voluntad de uno solo, seria lo mas opuesto al decoro y á la paz del matrimonio.

684—La filiacion del que ha de ser adoptado, cualquiera que sea, no es impedimento para hacer la adopcion, ni servirá jamás de causa para impugnarla (268 C.). La ley supone que se hace, no en consideracion al orígen del adoptado, sino en atencion á su condicion presente, á la voluntad que tiene el adoptante de mejorarla, á su deseo de tener una persona á cuyo afecto, servicios y asistencia tenga derecho, y á quien haga partícipe de sus comodida-

des. Así, una persona puede adoptar á cualquiera de sus hijos ilegítimos nó reconocidos.

685—Nada se exige como condicion esencial para la adopcion, en cuanto á caudal del adoptante ó del adoptado; pero sí debe constar al Juez, el monto de éste, quien lo tendrá presente para determinar si conviene ó nó autorizar la adopcion (5.º—1806 C. pr.).

686—Cuando se trate de la adopcion de huérfanos de los establecimientos de expósitos, se observará lo dispuesto en los respectivos reglamentos que forman la ley á que están sujetos, interviniendo el Director del establecimiento en vez del padre ó tutor (1817 C. pr.).

687—Constituida la adopcion, debe anotarse al márgen de la correspondiente partida de nacimiento; y á este efecto, el adoptante debe presentar al Registro el documento en que conste, en el término de 8 dias (465 C.).

PARRAFO SEGUNDO.

EFECTOS DE LA ADOPCION.

688—Formalizada la adopcion, y autorizada por el Juez, el adoptado pasa á la casa del adoptante, si no hubiere convenio en contrario: recibe éste los bienes de aquel bajo formal inventario (1814 C. pr.); y desde entónces comienzan las mútuas obligaciones de padre é hijo, entre el adoptante y el adoptado (1815 C. pr.).

689—En prueba de la adopcion y como signo visible de ella, el adoptado lleva el apellido del adoptante, añadiendo despues el que á él le pertenezca (273 C.).

690—El adoptante adquiere pátria potestad sobre el hijo adoptivo (286 C.) y está obligado á alimentarlo y educarlo, teniendo el hijo á la vez la obligacion de alimentar y auxiliar al adoptante cuando lo necesite por su vejez ó imposibilidad de trabajar (284 C.).

691—La adopcion produce tambien un parentesco civil que es permanente entre el adoptante y el adoptado, aunque la adopcion se disuelva; y entre el adoptado y los hijos del adoptante, mientras la adopcion subsiste, pero entre éstos no produce consecuencia alguna. En virtud de él, no puede contraer matrimonio el adoptante con la hija adoptiva, ni el hijo adoptivo con la madre adoptante, ó la que fué muger del padre adoptante (5. ° — 120 C.) En virtud de él tambien, es justa causa de recusacion ser el Juez, su esposa ó su hijo, adoptante ó adoptado den alguna de las partes (5. ° —66 C. pr.); y no puede recíprocamente adoptante y adoptado, ser testigos en los juicios en que uno de ellos se interese (11. ° —790 C. pr.).

692—Es efecto tambien de la adopcion, que señalaba el Código, que muriendo el adoptante sin hijos legítimos, ni legitimados, ni ilegítimos reconocidos, ni padres legítimos, el adoptado fuera su heredero forzoso (275 y 756 C.). Ese efecto ya no tiene lugar, desde que se estableció la libre testamentifaccion.

693—El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesion recíproca; pero tambien el padre adoptante, cuando el adoptado no tenga ni as-

cendientes, ni cónyuge con derecho á heredar, será su heredero en los mismos términos que lo serian, en su caso, sus padres naturales (160 Dec. núm. 272.).

694—En el derecho á heredar que tiene el adoptado, no cabe representacion, de suerte que los hijos del adoptado que falleció antes que el adoptante, no son herederos de éste (280 C.). La ley se ha fijado sin duda, en que tratándose de relaciones no establecidas por la naturaleza, no habia por qué autorizar la trasmision de los derechos no adquiridos todavia á los bienes del adoptante, sino futuros ó en expectativa, aun cuando pudiera suponerse que el adoptante hubiera querido favorecer no solo personalmente al adoptado sino tambien á sus hijos, continuadores de su persona y derechos.

695—Si, con motivo de la muerte del adoptante, lo hubiere heredado el adoptado, pero falleciere despues, sin hijos legítimos ni otros herederos de la línea de descendientes, tiene lugar la reversion, es decir, que la herencia que haya adquirido, se devuelve á la familia del adoptante premuerto (279 C.), porque debe interpretarse que conforme á la voluntad de éste, serian sin duda preferidos á los otros parientes del adoptado.

PARRAFO TERCERO.

FIN Y REVOCACION DE LA ADOPCION.

696—Se acaban los efectos de la adopcion, principalmente por muerte del adoptante ó del adoptado. Si el

adoptante muere y el hijo adoptivo es todavia menor de edad, vuelve al poder de sus padres naturales (281 C.), porque no hay razon para que entónces quede enteramente libre ni para que se le sujete á la tutela de un extraño, y porque no se han extinguido las relaciones de la naturaleza. Si es el adoptado el que muere, y no deja descendencia legítima ó ilegítima reconocida, se vuelven al adoptante que le sobrevive, los bienes todavia existentes que de él hubiere recibido. Los demas bienes y derechos própios del adoptado se sujetan á las leyes comunes de sucesion. (89 Dec. de Ref. núm. 272). Este otro caso de reversion reconoce por fundamento que ha faltado la razon principal de la adquisicion, y que es mas natural que vuelvan á su dueño primitivo que nó que pasen á otros cuya contemplacion no impulsó al adoptante.

697—Constituida la adopcion, no puede el adoptante revocarla sino mediando alguna de las causas siguientes:

1.ª—Haber atentado contra la vida del adoptante:

2.ª—Causarle maliciosamente una pérdida en mas de la tercera parte de sus bienes:

3.ª—Acusarle ó denunciarle de algun delito, excepto en causa própia, de su muger ó hijos:

4.ª—Abandonar al adoptante que se halle loco ó gravemente enfermo:

5.ª—Tener acceso carnal con la muger del adoptante, sabiendo que lo es:

6.ª—Negarle su fianza para que salga de la prision (90 Dec. de Ref. núm. 272).

698—La adopcion tiene el caracter de un contrato solemne entre el adoptante que recibe y el adop-

tado y su representante que convienen; y si áun los contratos comunes que no producen efectos tan importantes y permanentes, ni ván revestidos de la sancion de la autoridad judicial, hacen ley y no pueden deshacerse por la voluntad de uno solo, no debe permitirse al adoptante que deshaga por sí y caprichosamente, la obligacion que se impuso.

699—Si el adoptado negáre la certeza de las causas en que la revocacion se apoya, no valdrá ésta, á menos de que se prueben judicialmente por la parte que se apoya en ellas (283 C.); y si se hiciere en testamento, el juicio se seguirá con los herederos.

TITULO DECIMO-SEXTO.

DE LA PATRIA POTESTAD.

700—La patria potestad, es *la autoridad y el conjunto de derechos que las leyes reconocen en los padres, sobre las personas y bienes de sus hijos* (285 C.). Esa autoridad y derechos provienen fundamentalmente de la misma naturaleza que, al imponer á los padres la obligacion de criar, de educar y sostener á los hijos, debe concederles tambien las facultades y medios necesarios para hacerse respetar, para llenar cumplidamente sus deberes y para obtener, en cierto modo, alguna compensacion de sus trabajos y sacrificios. Su objeto determina su extension, y por esto las legislaciones modernas, han reducido á su verdadero límite la patria potestad que ellas

reconocen y sancionan como institucion civil, sin autorizar de ningun modo los abusos y exageraciones de la patria potestad romana.

701—La patria potestad se ejerce por el padre; pero en defecto de él, corresponde á la madre, siendo ésta tambien una innovacion introducida en el derecho moderno, contra las doctrinas y prescripciones del romano. La madre tiene, respecto de los hijos, iguales obligaciones á las que tiene el padre: tiene por su suerte incomparable interés, y no era justo negarle los derechos de la patria potestad de la que estuvo privada por tanto tiempo. Así es que los hijos legítimos ó legitimados, los ilegítimos reconocidos y los adoptivos, están sujetos á la autoridad del padre; y en su defecto, á la de la madre (286 C.). En caso de ausencia del padre, la muger del ausente tiene la patria potestad de los hijos de ámbos (102 C.). Si los hijos ilegítimos no son reconocidos, la patria potestad corresponde exclusivamente á la madre que siempre es cierta.

702—Para el órden en la máteria, se tratará 1.° de los derechos que dá la patria potestad. 2.° de los modos por los cuales se acaba.

PARRAFO PRIMERO.

DE LOS DERECHOS QUE DA LA PATRIA POTESTAD.

I.

703—Entre los derechos que dá la patria potestad, coloca la ley en primer lugar, el de *sujetar*, *corre-*

gir y castigar moderadamente á los hijos (1.° 287 C.), cuando faltan á la obligacion de respetarlos y obedecerlos, sin la cual no se puede cumplir el deber de educar. Este derecho es en beneficio de los mismos hijos, y por tanto, no se puede imponerles castigos excesivos para su naturaleza física ó moral. En algunas ocasiones, los ejemplos y advertencias del padre, las privaciones y los castigos moderados que imponga, podrán ser insuficientes para mantener en la línea de sus deberes á un hijo de mala índole; y entónces, hay que llamar á la autoridad pública en apoyo del poder paterno. Así, no alcanzando la facultad de castigar moderadamente al hijo menor de diez y seis años, puede el padre sin que esté limitado el número de veces para hacerlo, imponerle la pena de detencion hasta por un mes, en un establecimiento correccional, procediendo de una manera puramente económica, porque el Jefe del Departamento tiene que expedir la órden de detencion con solo la solicitud del padre (288 C.). No se exige expresion ó constancia de los motivos de la determinacion del padre, por suponerse que nunca procederá á dar ese paso sin razones justas y fundadas, de modo que el Jefe del Departamento, en rigor, no hace mas que legalizar y ordenar la ejecucion pura y sencilla de la voluntad del padre. Hay que ocurrir á la autoridad pública para éste efecto, porque ya esa restriccion de la libertad individual, sale de los límites del derecho privado. Se ha reservado la expedicion de la órden al Jefe del Departamento, sin concederse á los Alcaldes, en las poblaciones que no son la cabecera, atendiendo sin duda á la mayor prudencia que es de presumirse en la persona investida de la

autoridad superior departamental; y debe ser la detencion en un establecimiento correccional para que no sufra la moral, ni se perviertan las costumbres del hijo.

704—Cuando el hijo es mayor de diez y seis años, ó tiene algun empleo ó ejerce alguna profesion ó industria, ó cuando el padre ha contraido segundo ó últerior matrimonio, y el hijo es habido en uno anterior, el padre podrá tambien solicitar la detencion; pero es indispensable en estos casos, para que la ordene el Jefe del Departamento, que se expresen los motivos en que se apoya y que sean préviamente calificados por el mismo Jefe (289 C.). Así como es razonable dar al padre la facultad de hacer encerrar durante algunos dias al hijo menor de diez y seis años, por su sola autoridad, sería imprudente dejar ese derecho á su sola discrecion cuando ya fuera mayor de esa edad. Por mucha confianza que merezcan los padres, la ley no admite la suposicion de que todos sean igualmente rectos y mesurados, así es que es conveniente examinar los motivos que deciden al padre á detenerlo, y desestimar su pretension si no se apoya en motivos tan poderosos como racional y prudentemente deben serlo. Esto no amengua la autoridad del padre, y puede beneficiar al hijo cuando aquel proceda por malas influencias.

705—Las mismas precauciones deben tomarse cuando el hijo tiene algun empleo ó ejerce oficio, profesion ó industria, aunque sea menor de diez y seis años. Debe suponerse entónces en el jóven una educacion esmerada, ó un talento ó habilidad precoz, y merece consideracion especial por esta circunstancia y por la de que el arresto puede desprestigiarlo y ha-

cerle perder su colocacion ó su crédito, perjudicándolo gravemente en su porvenir. En el caso de que el padre esté ligado con el vínculo de un matrimonio nuevo, del que no procede el hijo cuya detencion quiere, los móviles que á esto lo indujeran, podrian provenir de sugestiones nacidas de la mala voluntad de la madrastra, y por eso, la ley no supone en él la misma ternura en sus sentimientos ni la misma imparcialidad en sus actos, y en consecuencia, quiere igualmente causa calificada por el Jefe Político. El nuevo matrimonio debe existir actualmente, no bastando que haya sido contraido, si ya se disolvió.

706—El objeto de la ley es dar al padre medios de correccion proporcionados á la edad del hijo, sin que éste reciba daño irreparable por esa correccion doméstica, y con ese motivo declara tambien que el padre puede, á su arbitrio, hacer cesar en cualquier tiempo, la detencion (2.ª 289 C.). Esta facultad se funda en que no se trata de un verdadero delito que tenga el carácter de público, en cuyo caso la autoridad pública interviene y tiene que intervenir de pleno derecho, sino de indisciplina y faltas domésticas: no es la sociedad sino el padre quien castiga, y áun tratándose de verdaderos delitos, cuando son de los que se llaman privados, el perdon del ofendido extingue la accion penal y hasta la pena misma (5.° 84 C. Pen.).

707—El derecho de que se ha hablado y que atribuye la ley al padre, puede ejercitarlo tambien, por muerte, ausencia ó inhabilidad suya, la madre ó cualquiera otra persona á quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero con la condicion de que éste no sea mayor de diez y seis años, ni esté habilitado

de edad (290 C.), porque para usar de facultad tan delicada, la ley no tiene en ninguno la confianza que en el padre.

708—Hay que notar aquí, que para cortar un abuso que en otras épocas fué muy frecuente, y fijar el límite natural de la patria potestad, en una materia en que la gravedad y trascendencia del acto exige que todo dependa del libre conocimiento, la ley declara que en ningun caso podrán los padres obligar al hijo ó hija á contraer matrimonio contra la voluntad de éstos (291 C.). Los hijos necesitan del consentimiento paterno si son menores de edad; pero son cosas muy diversas someter á su aprobacion la eleccion de los hijos, é imponer á éstos la eleccion de los padres, determinada por móviles de interés, ó por consideraciones poco aparentes para formar un matrimonio feliz.

II.

709—Es tambien un derecho que emana de la patria potestad, que los padres *se aprovechen de los servicios de sus hijos* (287 C.). Esto, como efecto de la autoridad natural y legítima que en ellos ejercen, y por ser muy justo y racional que los hijos ayuden á sus padres en lo que puedan, en compensacion de los desvelos, cuidados, fatigas y atenciones constantes de que son objeto por parte de ellos.

III.

710—*Mantener á los hijos en su poder y recogerlos del lugar donde estuvieren*, es igualmente otro derecho, y á la vez, una obligacion de la patria potestad (3.° 287 C.). Los padres tienen que educar á sus hijos, y para eso es indispensable que éstos vivan á su lado, ó á cargo de la persona ó en el establecimiento que ellos designen. De aquí la facultad que tienen de recogerlos del lugar donde estuvieren, exigiendo, si es necesario para hacer valer este ú otro de los derechos que les asisten, el auxilio de cualquiera autoridad, para hacerlos reales y efectivos (4.° 287 C.). De otra suerte, el hijo díscolo y de mal carácter, se podria burlar impunemente de los mandatos del padre. Eso no obsta á que, cuando se trate de contraer matrimonio, ó haya malos tratamientos de parte del que ejerce la patria potestad, puedan los hijos salir de la casa paterna, decretándose por la autoridad judicial respectiva, el depósito de la persona (3.° y 4.° 1748 y 1772 á 1793 C. Pr.).

IV.

711—Otro derecho que resulta de la patria potestad es el de *administrar los bienes de los hijos, mientras ella dure* (5.° 287 y 307 C.). Así como en su persona, tambien en lo relativo á sus bienes, ne-

cesita de direccion el menor de edad, porque correrian éstos gravísimo riesgo de perderse, ó por lo ménos, de disminuirse notablemente, si se dejáran á la administracion irreflexiva y quizá desatinada del menor. Se supone con razon, que nadie mejor que los padres puede ejercer esa administracion, por que en ninguno puede suponerse mas discreta vigilancia ni mas vivo interés por el aumento de la fortuna del menor, como que casi todas las legislaciones siguiendo á la romana, hacen servir al padre de familia como tipo del buen administrador (Pacheco). Esa administracion comprende los bienes, de cualquier clase que sean, que pertenezcan al hijo. Por faltar ésta última circunstancia, no se extenderá á los que el hijo maneje por razon de empleo ó cargo público que desempeñe, pues que tampoco la pátria potestad ni ninguno de sus derechos, se ejercen en los empleados públicos menores, en los actos relativos á su empleo ó cargo, por ser considerados mayores en todo lo concerniente á sus empleos (294 C.). Si así no fuera, se daria al padre una ingerencia indebida en actos en que no puede admitirse otra dependencia que la que establezca la ley respectiva; y en el hecho de considerarse capaz al menor para desempeñar el empleo público que se le confiere, no puede dejarse subsistente acerca de él, la direccion y efectos de la patria potestad.

712—Por mas que la ley suponga que será prudente y benéfica para el hijo la administracion del padre, ha debido prever toda eventualidad, y poner á cubierto los intereses del menor. Así, los bienes inmuebles del hijo sujetos á la administracion del padre, si no estuvieren inscritos en nombre de aquel,

deberán inscribirse en ese concepto; y por los bienes que no sean inmuebles, el padre tiene que otorgar á favor del hijo hipoteca especial (2056 C.).

713—En virtud de corresponder al padre la representacion, administracion y defensa de los intereses del hijo, puede ejecutar todos los actos que sean de pura administracion. No podrá, por no estimarse tales, hacer donacion de ninguna parte de los bienes del hijo, ni enagenarlos ó hipotecarlos, ni darlos en arriendo por seis años, ni aceptar ó repudiar herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones que, segun se verá adelante, hay establecidas para los tutores (382, 385 C. y 92 y 113 Dec. de Ref. núm. 272).

714—Sin necesidad de intervenir personalmente, los hijos toman posesion por medio de su padre ó madre (1.° 528 C.): entre ascendientes y desendientes nó puede comenzar á correr la prescripcion durante la patria potestad, respecto á los bienes á que los segundos tengan derecho conforme á la ley (1.° 127 Dec. de Ref. núm. 272); y el padre y la madre están obligados, lo mismo que los hijos, por los perjuicios que éstos causen mientras se hallen bajo la pátria potestad, y constituyan casi delitos (fr. 2.ª 2277 C.).

715—El hijo menor de edad no puede ser demandante ni demandado personalmente: por él comparece su padre; pero si se hubiere litigado sin intervencion de él, será válido el juicio en cuanto le sea favorable (99, Inc. 1.° 101 y 103 C. Pr.). Cuando el hijo menor tenga que comparecer en juicio como demandado ó como demandante, si se le sigue grave perjuicio de no promover y el padre estuviere ausen-

te, sin fundada esperanza de su próxima vuelta, ó se ignorare su paradero, ó se negare el padre á representarlo, el Juez puede habilitar al hijo para comparecer en juicio, proveyéndole de un tutor específico (1794, 1796, 1797 C. Pr.). Tambien se le proveerá de tutor cuando tenga que litigar con su padre, pero entónces no necesita de habilitacion (2.° 1795 C. Pr.).

716—Se necesita el consentimiento de los padres, para que el hijo que está bajo la patria potestad, sea adoptado (5.° 269 C.), y para que pueda contraer matrimonio (124 C.); pero el hijo puede ser demandado criminalmente, sin que sea forzosa la autorizacion del padre, para que comparezca en juicio: puede testar libremente con tal de que sea mayor de catorce años (1.° 795 C.); y siendo mayor de diez y ocho años, puede donar, y con mayor razon, enagenar á título oneroso, los bienes que le pertenecen en propiedad y usufructo, porque respecto de ellos debe ser considerado como mayor, atendido el orígen de la adquisicion (710 C.).

717—A fin de no omitir ninguna garantía en la administracion de los bienes del hijo, además de la inscripcion ó hipoteca á favor de éste, la ley previene que si el que ejerce la patria potestad los dilapida, sea privado de la administracion y del derecho á los frutos (296 C.). La ley, aunque no estima de la misma importancia el cuidado de la persona que la administracion de los bienes, porque el hombre vale mas que su tesoro, no quiere que ésta sea mala y perjudicial; y por eso, al padre que es dilapilador, no lo castiga mas que con la pérdida de la administracion y del derecho á los frutos, debiendo en

consecuencia, quedar los hijos en poder del padre, si no hay otro motivo bastante para quitárselos, porque hasta entónces, la conducta solo es vituperable en cuanto al manejo de los bienes (Pacheco.)

V.

718—Finalmente, es derecho de la patria potestad que el que la ejerce *se haga dueño, mientras ella dura, de los frutos de los bienes de sus hijos, en los que le da la ley la administracion, exceptuándose los de aquellos que adquiere el hijo por su trabajo profesion ó industria, ejercidos con consentimiento de sus padres, y lo que gane en el desempeño de empleo ó cargo público* (6.° 287 C.).

719—Los bienes que pertenecen al hijo separadamente de los padres, constituyen lo que se llama el peculio de aquel: en ningun caso tiene la propiedad de él el padre, como sucedia antes con el peculio llamado *profecticio*, procedente de lo que el hijo adquiere con bienes del padre, ó con ocasion de ellos: en todo caso, tiene el padre la administracion, lo que no sucedia antes respecto del que se llamaba *castrense* y del *cuasi castrense;* y generalmente, el padre tiene el usufructo, salvo respecto de los bienes antes mencionados, que pudieran calificarse de peculio *profesional* ó *industrial.*

720—La razon del establecimiento de este usufructo está en la compensacion que debe buscarse al pa dre por los trabajos de administracion de los biene-

del hijo, y por los gastos que tiene que impender en los alimentos y educacion de los hijos y en el sostenimiento de la familia. Por la legislacion anterior, el padre no tenia el usufructo sobre los bienes castrenses ó cuasi castrenses, adquiridos por el servicio militar, ó por servicios civiles; pero sí en los *profecticios*, en los que al hijo solo se daba la administracion, y tambien en los *adventicios*, en los que se comprendía todo lo adquirido por el hijo por su trabajo, arte, industria ó fortuna, y por donacion, herencia ó legado. El Código ha extendido la disposicion relativa á bienes en que el padre no tiene usufructo, al declarar que tampoco lo hay, sobre lo que el hijo adquiere por su trabajo, profesion ó industria que forma parte de lo que era el peculio adventicio. La prescripcion del Código es ciertamente mas racional y equitativa, porque exonerando el hijo al padre, mediante ese trabajo profesion ó industria, en todo ó en gran parte, del cuidado de él y del deber de alimentarlo y hacer gastos en su educacion (241 y 242 C.), debe tener la facultad de emplear en éstos objetos, los productos de su trabajo ó industria, mucho mas cuando no ha de faltarle la vigilancia y direccion de los padres, para que haga buen uso de ellos. Recomienda asimismo esa prescripcion, la circunstancia de ser muy provechoso crear alicientes al hijo para que se dedique desde jóven al trabajo y á la adquisicion de una industria ú oficio, y lo conveniente que es recompensar de algun modo, su habilidad y empeño (Pacheco).

721—Como ha podido observarse, para que el padre no tenga el usufructo en lo que adquiere el hijo por su trabajo, profesion ó industria, requiere la

ley que sean ejercidos con el consentimiento de aquel, de donde se deduce que, siéndolo sin él, goza del usufructo de lo adquirido por cualquiera de esos modos. La razon que se da para el establecimiento de esa condicion es, que teniendo el padre la obligacion de responder por los perjuicios que causen los hijos que tiene bajo su potestad (frac. 2.ª art. 2277 C.), debe concedersele el derecho de prestar ó negar su consentimiento, para el ejercicio del trabajo, profesion ó industria de donde el daño pudiera venir; pues si bien esa responsabilidad existe aunque se ejerzan sin el consentimiento paterno, no debe pesar del mismo modo sobre el que fué consultado por su hijo, y sobre aquel cuyo hijo no pidió autorizacion. En este último caso, al desacato cometido por el hijo que, obligado á respetar á sus padres, debe obtener el consentimiento de ellos para la industria, profesion ú oficio á que se dedique, se añadiria la carga de responder, por los daños que causara; así es que, como pena que se impone al hijo y para que el padre tenga con qué responder por los perjuicios que erogue aquel, se deja al padre el usufructo.

722—Sin embargo de estas observaciones, algunos como Pacheco en su Derecho civil, califican esa condicion de inútil é injusta y perniciosa. Inútil, si los padres, como es de suponerse, tienen siempre vivo interés en que sus hijos se dediquen á alguna industria ú oficio que les sea provechoso, debiendo así presumirse que existe su consentimiento. Injusta y perniciosa, si los padres, desconociendo su conveniencia y la del hijo, niegan su consentimiento; y si él, apesar de la oposicion de sus padres que prefieren que

permanezca ocioso, y mas cuerdo y prudente que ellos, se dedica á un trabajo útil.

723—El usufructo que tiene el padre en los bienes del hijo, se llama *usufructo legal* por constituirse por ministerio de la ley; y le impone generalmente las mismas obligaciones que á los otros usufructuarios. Debe pues, el padre, hacer inventario de los bienes, tasándose los muebles y haciéndose constar el estado de los inmuebles; pero está dispensado de prestar fianza porque la ley descansa mucho en su calidad de padre, como garantía de buena administracion, y no sería propio exigírsela (1340 C.).

724—Puede el padre perder el usufructo, lo mismo que se ha dicho de la administracion, cuando dilapida los bienes de los hijos (296 C.).

PARRAFO SEGUNDO.

MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD.

I.

725—La patria potestad se acaba *por muerte del que la ejerce*, no habiendo persona en quien deba recaer (292 inc.° 1.° C.), es decir, por muerte del padre, y de la madre que la ejerce en defecto de él. Esto no significa que el hijo, siendo menor de edad, quede ya enteramente libre, sino que inmediatamente debe ser pro-

visto de tutor legítimo ó judicial, en falta de testamentario, que cuide de su persona y bienes; pero la tutela no tiene toda la extensien de derechos del poder paterno porque son de tal naturaleza algunos de ellos, que solo á los padres pueden confiarse, y no pueden delegarse ni trasmitirse á otros. Inútil parece decir, y por esto sin duda no lo expresa la ley, que tambien acaba la potestad patria por muerte del hijo, pues no hay entónces sujeto en quien ejercerla.

II.

726—Se acaba, tambien, la patria potestad *por emancipacion voluntaria que el padre haga del hijo*, porque ese es el fin y el objeto inmediato del acto (3.° 292 C.). De ella se tratará de una manera especial en el título siguiente, guardando el órden del Código.

III.

727—Concluye igualmente *por matrimonio del hijo* (4.° 292 C.). El matrimonio constituye, pues, una emancipacion legal, porque el hijo que se casa, por ese mismo hecho y por ministerio de la ley, queda libre del poder paterno. El matrimonio hace indispensable, para la direccion de la persona é intereses de la muger y de los hijos, cierta independencia inconciliable con la sujecion de los hijos á todas las obligaciones que impone la patria potestad. Si es la

mujer la que se casa, aunque ella sea menor, ya la patria potestad no tíene razon, tanto por el motivo indicado, cuanto porque el marido es tutor nato de su muger menor 419 C.). Si el que se casa es el hijo y es él menor, aunque la patria potestad termina, queda sujeto á tutela y su tutor administra los bienes de él y los de su muger (419 C.). No obstante que la tutela tiene para el hijo menor mas restricciones que la pátria potestad, la razon que hay para que ésta concluya, se aviene poco con la continuacion del hijo en tutela y con que no pueda él administrar sus propios bienes ni los de su muger, pero así era por el Código. Cuando ya se ha permitido al hijo que contraiga matrimonio, prévio el consentimiento de sus padres, hay que suponer en él la maduréz necesaria para manejar los intereses de la familia de que va á ser jefe, para cumplir sus nuevas obligaciones; por esto, no dejaba de ser extraño que el jefe de esa sociedad continuara en tutela, y con tal motivo, el art. 96 del Dec. de Reformas núm. 272 declaró: que los varones casados que hubiesen cumplido diez y ocho años, se tendrán como habilitados de edad por ministerio de la ley, de suerte que ya no están sujetos á tutela.

728—Para que el matrimonio produzca el efecto civil de emancipar de la patria potestad, debe celebrarse conforme á las leyes civiles y con las formalidades que ellas establecen, porque es el único que el derecho reconoce; y una vez obtenida la emancipacion, debe entenderse que los hijos no vuelven á recaer en la patria potestad aunque enviuden, porque para ello se necesitaria una resolucion expresa de la ley, que así lo declarára.

IV.

729—Acaba además la patria potestad *por cumplir los hijos veintiun años de edad* (292 inc.° 5.° C.), de suerte que por la mayoría se produce tambien una emancipacion legal. El motivo de esta alteracion importante de las leyes antiguas, lo explica el decreto de 19 de Dicimbre de 1871 en que aparece consignada por primera vez entre nosotros, esa disposicion que se reprodujo en el Código. Es que no puede sostenerse la prolongacion ilimitada de la patria potestad y sus efectos sobre los hijos mayores á quienes no asistieran otras causas para salir de ese estado de familia, incompatible respecto de ellos con la autonomia del individuo y con el fin filosófico de dicha potestad, que no es el provecho de los padres sino la utilidad de los hijos, cuya educacion debe darse por concluida al llegar á la mayor edad.

730—Se exceptúa de esta disposicion, el caso de que los hijos que cumplen veintiun años, sean incapaces por locura ó fatuidad (42 y 293 C.), porque falta entónces razon para tenerlos por emancipados; y por el contrario, no pudiendo dirigirse por sí, ni conocer sus derechos, ni manejar sus intereses, sería injusto é inhumano abandonarlos á sí mismos y retirarles la proteccion y cuidados de los padres. Si la incapacidad sobreviene, ya cumplida la mayor edad y cuando han entrado en posesion de sus derechos, vuelve á existir la patria potestad ya que se les reputa menores; y no se les sujeta á tutela sino muer-

tos los padres (42 C.). Si cuando ocurre la incapacidad despues de la mayoría, el hijo está casado, su cónyuge puede ser su guardador judicial (430 C.). Acaba así mismo la patria potestad del padre natural, por la adopcion, pues por ésta, es el padre adoptante el que la adquiere (286 C.); pero muerto el adoptante, vuelve el hijo menor de edad á la potestad de sus padres naturales (281 C.).

V.

731—Por último, hay otras causas que hacen que se acabe la potestad pátria, ó mas propiamente, que los padres la pierdan, cuando median ciertos hechos ejecutados por ellos que, á los ojos de la ley, los vuelven indignos de ejercer la autoridad y facultades que la naturaleza y el derecho, les confieren. Esas causas son las siguientes:

1.° —*Haber expuesto al hijo* (2.° 292 C.). Exponiéndolos, se han manifestado desconocidos de todos los deberes que la naturaleza y la ley imponen á los padres: no se puede confiar en que abriguen por el hijo sentimientos de amor ni que tengan interés por su suerte, y por lo mismo, no puede dejárseles una patria potestad que no merecen y que han rechazado.

2.° —*Prostituir ó tratar de prostituir á la hija* (1.° 295 C.), en cuya causal debe entenderse comprendido desde luego, al padre estuprador de su hija, porque nada puede esperarse del que falta escandalosamente á sus deberes, labrando la desgracia de

aquella cuya honra tiene que defender á toda costa. La ley no tenia ninguna expresion que indicára que fuera extensiva la pérdida á los otros hijos que pueda tener el padre, de modo que la pérdida se contraía á la potestad sobre la hija ó hijas, á quienes se prostituyó ó trató de prostituir; pero el art. 91 del Dec. de Ref. núm. 272 expresó que se pierde respecto de todos, porque respecto de todos hay motivo igualmente fundado de temor y de peligro.

3. ° —*Tratar con crueldad á los hijos de uno ú otro sexo* (2. ° 91 Dec. de Ref. núm. 272). La naturaleza y las leyes hacen de los padres los protectores de sus hijos, nó sus verdugos; y no pueden autorizar la continuacion de un poder tiránico. Queda á la prudencia judicial la calificacion de la crueldad del padre, y como antes se advirtió respecto de la prostitucion, la potestad que se pierde, es la que se tiene en todos los hijos, áun en los que no han sido tratados con crueldad.

4. ° —*Ser condenados los padres á penas que legalmente produzcan la pérdida de la patria potestad conforme al Código Penal* (3. ° 91 Dec. citado). Esta pérdida es entónces una parte de la pena, en cuyo cumplimiento está interesada la sociedad; y la ley no puede tener ya confianza, para la direccion de la familia, en el padre que ha cometido crímenes de la gravedad que supone la severidad de las penas decretadas. La patria potestad es uno de los derechos de familia como lo son, segun la frac. 2.ª del art. 31 del Código Penal, los de la autoridad marital, administracion de bienes y libre disposicion de ellos por acto entre vivos; y su pérdida es accesoria de la pena de muerte, cuando ésta no se ejecuta por indulto del

reo, y de las de presidio con calidad de retencion y prision ordinaria (35, 36, 37 C. Pen.).

TITULO DECIMOSETIMO.

DE LA EMANCIPACION VOLUNTARIA.

732—Uno de los modos de acabarse la patria potestad es, segun ya se ha dicho, la emancipacion que en general, es *el acto por el que el hijo sale de la patria potestad.* Esta emancipacion se verifica unas veces por ministerio de la ley, y por eso se llama *legal*, como cuando el hijo contrae matrimonio ó llega á la mayor edad: otras veces procede, de causas que hacen que se pierda la patria potestad en pena de algunos hechos de los que la ejercen, y á esa pérdida denominan algunos *emancipacion forzosa*; y por último, tiene lugar en otros casos, por la sola voluntad de los padres, y es la que se llama *voluntaria*, y de la cual vá á tratarse.

733—En el último concepto expresado, la emancipacion es la *dimision, renuncia ó abdicacion de la patria potestad que se tiene sobre los hijos* (298 C.). La facultad de emancipar es atributo de la patria potestad; y por tanto, corresponde á los que la ejercen sobre el menor, es decir, al padre; y en su defecto, á la madre (299 C.) Miéntras subsiste el matrimonio, basta con que la haga el padre, porque éste es el que actualmente tiene la plenitud del ejercicio de los derechos de la patria potestad; pero muerto el padre;

sin haber emancipado al hijo ó por incapacidad suya, por demencia legalmente declarada, ó por otro impedimento semejante, es á la madre á quien toca hacer la emancipacion. Efecto ésta de la potestad pátria, pueden hacerla tambien la madre ilegítima y el padre ilegítimo reconocido; y por idéntica razon en contrario, no podrán hacerla los padres que por algun motivo hayan perdido la patria potestad, como que uno de los actos mas trascendentales de ésta, es la renuncia ó desprendimiento que se hace de la misma, y careceria de explicacion la dimision de una potestad que ya no se tiene,

734—La emancipacion es enteramente facultativa de parte de los padres. Presumiéndose que ellos tienen perfecto conocimiento de la capacidad y circunstancias del hijo, la ley respeta su voluntad de emanciparlo por las ventajas que estimen que puedan resultar para el menor y para ellos mismos; pero al mismo tiempo, declara que, en ningun caso, pueden ser obligados á emancipar (300 C.) Esto se entiende desde luego, en los casos en que no média causal que produzca como castigo la pérdida de la patria potestad, ó un hecho al que por su naturaleza vaya anexo su término, como sucede con el matrimonio y con la mayoria. Así pues, ya no puede tener lugar hoy el caso de las leyes españolas que obligaban al padre á emancipar al hijo cuando habia aceptado un legado con esa condicion, y cuando se hacia al hijo una donacion, ó se le dejaba una herencia ó legado á condicion de que fuera emancipado.

735—Para que tenga lugar la emancipacion, no basta la voluntad del que tiene el poder patrio, sino que es indispensable tambien que el menor haya cum-

plido diez y ocho años y que preste su consentimiento (93 Dec. de Ref. núm. 272.). Se requiere el consentimiento, porque la emancipacion no es para perjudicar los intereses del menor, sino mas bien para favorecerlo, y contra su voluntad no puede hacerse cesar ese poder de proteccion, fundado en la naturaleza y consagrado por la ley civil. Se requiere que sea mayor de diez y ocho años, porque es preciso que se halle en estado de atenderse por sí y de discernir lo que le sea conveniente, es decir, que tenga ya una edad en que se deba suponer suficientemente desarrollado su juicio, y porque no parece conforme á la razon ni á la moral que el padre se descargue de sus obligaciones en la época en que mas necesita el hijo de su direccion y cuidados.

736—Un decreto de 3 de Setiembre de 1861 disponia que la emancipacion se hiciera ante el Presidente de la República; pero hoy debe hacerse ante el Juez de 1.ª Instancia del domicilio (304 C. 315 Dec. de Ref. núm. 273), quien podrá autorizarla mandando que se otorgue la escritura correspondiente (1741 C. pr.); y debe exigir, además de la comprobacion de la edad y consentimiento del menor, la de que éste es capaz de proveer por sí á su subsistencia, averiguando tambien si en poder del padre existen ó nó, bienes pertenecientes al menor (1739 C. pr.). Se otorga escritura pública para que conste fehacientemente un acto que modifica el estado civil del hijo; y se hace ante el Juez, tanto por lo que importa á terceros la publicidad de ese acto, cuanto porque debe haber conocimiento de causa de los móviles y circunstancias de la emancipacion. La obligacion que tiene ese funcionario de averiguar los extremos antes puntuali-

zados, demuestra que su papel no se limita á dar fé del acto sino que puede otorgar ó denegar su autorizacion.

737—El efecto de la emancipacion es que el hijo sale de la patria potestad (302 C.). Consecuencia natural es que adquiera el usufructo que en sus bienes tenia el padre ó madre; mas la ley lo declara expresamente porque al disponerlo, se aparta de la disposicion de las leyes anteriores, que en el caso de emancipacion voluntaria, dejaban al padre solo la mitad del usufructo de los bienes del hijo, porque sometido éste, durante toda su vida, á la pátria potestad, no se veia en la emancipacion mas que una gracia del padre.

738—No obstante que el hijo emancipado sale de la patria potestad, la ley establecia que quedaba bajo tutela. Llamaba la atencion el artículo que así lo disponia (303 C), porque segun él, solo se cambia la persona que tiene la guarda del menor, ó el nombre de ella, y parece disonante, cuando no contradictorio, emancipar y sujetar á tutela. La emancipacion debe suponer que el hijo puede subsistir y manejarse por sí: que hay en él precocidad de desarrollo y suficiente cordura que justifica la emancipacion, y entónces no se explica por qué continúa la tutela. Mas bien debia establecerse que el emancipado es *sui juris*, ó suprimirse la emancipacion (Goyena), la cual debe equipararse por lo ménos, á la habilitacion de edad, es decir, dejar solamente restricciones para algunos actos, como intervencion judicial para enagenacion de bienes raices, pero nó quitar por completo la administracion. De otro modo, bastaba establecer, en lugar de la emancipacion, el derecho del

padre de ceder al hijo el usufructo de sus bienes, sin que cesará su potestad. Por estos motivos, el artículo 94 del Dec. de Ref. núm. 272 sustituyó el artículo citado en los términos siguientes: "El menor emancipado tiene la libre administracion de sus bienes, y se considera respecto de ellos, habilitado de edad."

739—Siguiendo la doctrina de las leyes españolas, consignada en varios Códigos modernos, parece que una vez hecha por el padre la emancipacion voluntaria, debe ser tenida por irrevocable, como lo es la emancipacion legal que resulta del matrimonio.

TITULO DECIMO OCTAVO.

DE LA TUTELA.

PARRAFO SEGUNDO.

TUTELA EN GENERAL.

740—*Tutela*, (de *tueor*, cuidar, ver por alguna persona ó cosa) *es el cargo que ejerce alguna persona para cuidar de la persona é intereses de un menor.* Esta institucion antiquísima tiene su orígen en el principio de proteccion y defensa que toda sociedad debe dispensar al que por su orfandad y pocos años no puede atenderse por sí mismo. Por ese interés social de que aquellos que están en esa situacion no

queden abandonados, la ley dá á la tutela el carácter de cargo público, y establece que todos los ciudadanos que no tengan motivo justo de excepcion, están obligados á desempeñarlo.

741—La guarda del menor se designaba por derecho romano y español con el nombre de *tutela*, solo cuando aquél no habia llegado á la edad de catorce años; en esta edad terminaba la tutela y comenzaba la *curatela*, que tambien tenia lugar respecto de los incapacitados. Aunque se decia que la tutela se daba principalmente para el menor, y secundariamente para los bienes; y la curatela al contrario, y se señalaban algunas otras diferencias, ninguna de ellas era efectiva y esencial, tendiendo por el contrario á producir confusion. Por este motivo, el Código suprimió la curatela, estableciendo nada mas que la tutela y la guarda. La tutela, sin distincion, para todo menor; la guarda, para los incapacitados y ausentes.

742—Nuestra ley reconoce cuatro especies de tutela: la *natural*, la *testamentaria*, la *legítima* y la *judicial;* y vá á tratarse de cada una de ellas separadamente.

PARRAFO SEGUNDO.

TUTELA NATURAL.

743—Se llama tutela natural *la guarda que tienen de sus hijos los que ejercen en ellos patria potestad.* Con ésta, pues, se confunde la tutela natural, y real-

mente, esa guarda de los hijos menores, durante la vida del padre y de la madre, no es mas que la patria potestad.

744—Disuelto el matrimonio por muerte de la muger, no se disminuyen ni modifican los derechos del padre sobre la persona y bienes de sus hijos. Continúa, pues, el ejercicio de la patria potestad, á la que la madre no puede poner ninguna restriccion; y en ese concepto, se identifican en el padre la patria potestad y la tutela natural.

745—Cuando, durante el matrimonio, se incapacita el padre ó se ausenta, la tutela que tiene la madre en los hijos menores no emancipados, se ejerce con toda la amplitud de los derechos de la patria potestad (102, 286 y 309 C.). Así, tampoco hay nada, en este caso, que separe la patria potestad de la tutela natural.

746—Mas cuando el matrimonio se disuelve por muerte del marido, éste puede haber puesto algunas restricciones para la administracion de la muger, restricciones que no lleva consigo la patria potestad, y solo entónces se diferencia de ésta la guarda de la madre, y es propiamente el caso de la tutela natural.

747—El padre no puede quitar á su muger la tutela que, despues de la muerte de él, le dá la ley en sus hijos; pero puede nombrarle uno ó mas consejeros, con quienes deba consultar los actos relativos á la tutela (101 Dec. de Ref. núm. 272), en el concepto de que si el padre especifica los actos para los cuales ha nombrado el consejero ó consejeros, la tutora puede ejercer todos los demás sin consulta de aquellos (311 C.); y no especificándolos, se entiende que es

para todos. El fundamento de estas prescripciones es que cuando el padre que es el que puede juzgar con mas acierto de la capacidad y condiciones de su muger, concibe algun recelo acerca de la aptitud del cargo que ella vá desempeñar, ha de dejársele algun arbitrio que, sin separar á la madre de la administracion, calme sus inquietudes y satisfaga cumplidamente los intereses del hijo.

748—Aunque el Código (310 C.) daba á las personas designadas por el padre, el nombre de consejeros, en realidad no eran simplemente tales, es decir, que no bastaba llenar la formalidad de consultarlos, con facultad de apartarse de su voto. Se les daba conocimiento é intervencion; y si éstos habian de significar algo, y no ser una ritualidad sin objeto, debia entenderse que era indispensable su consentimiento; y que si no se les consultaba, ó consultados, se hacia lo contrario, no era válido el acto. De ese modo, resultaba que el padre podia indirectamente quitar sus facultades á la madre; lo cual significaba que la tutela natural, que segun se ha dicho, solo tiene lugar como diferente de la patria potestad, á la muerte del marido, estaba sujeta á tales restricciones que ciertamente no se conciliaban con la concesion general de potestad pátria hecha á las madres. Por estas restricciones á que tal tutela está sujeta, y á las cuales no lo está el poder patrio, era que miéntras éste no es de libre aceptacion, de aquella podia la madre excusarse, porque no estaba obligada á aceptarla no queriendo, sino solo á cumplir las obligaciones anexas á ese cargo hasta que se nombrara otro tutor (313 C.) En virtud de estas consideraciones, el Dec. de Ref. suprimió (102). el artículo últimamen-

te citado, y reformó (101) el 310, diciendo: que el padre podrá nombrar á la madre sobreviviente y tutora, uno ó mas consejeros con quienes deba consultar los actos relativos á la tutela. Cumple pues, consultándolos; pero no tiene obligacion de seguir siempre su opinion.

749—El padre solo tendrá derecho de hacer el nombramiento de consejeros, cuando no haya perdido la patria potestad, y eso para los actos relativos á la tutela, como la administracion de bienes, y nó para los que, por otro principio, requieren el consentimiento de la madre, como la licencia para contraer matrimonio. Si mueren los consejeros nombrados, ó no aceptan, no podrá el Juez designar otros en lugar de ellos, porque la ley no le dá esa facultad, y por el contrario, debe estimarse como un derecho exclusivo y personalísimo del padre.

750—El nombramiento de consejeros debe hacerse constar en acto de última voluntad, en declaracion hecha ante el Juez de 1.ª Instancia acompañado de un Escribano, ó en instrumento público (312 C.).

751—Los intereses del hijo establecen otra restriccion para la tutela ejercida por la madre, cuando ésta quiere contraer segundo matrimonio. Aun sin establecer, de un modo general, una presuncion desfavorable á las segundas nupcias, la viuda que se casa, á diferencia del viudo que entra á ser jefe, pasa á formar parte de una nueva sociedad en la que el hombre es cabeza de ella, es extraño para sus hijos, y á quien ella debe respeto y obediencia. Si este hecho no alcanza por sí solo, para que la madre pierda en todo caso, la tutela de sus hijos de un primer matrimonio, debe ser bastante por lo ménos, para que,

ántes de contraer el otro, tenga que presentarse al Juez de 1.ª Instancia del domicilio, para que éste, con conocimiento de causa, decida si debe ó nó conservar la tutela (314 C.). Acerca de este punto, la ley no detalla otras circunstancias: segun un decreto de 3 de Setiembre de 1861, la facultad dada por el Código á los Jueces del domicilio, correspondia al Presidente de la República, y en el artículo 6.º del Reglamento que para obtener esa gracia se expidió en 7 de Febrero de 1868, se exigía la comprobacion de que la viuda y el hombre con quien iba á casarse, eran de buenas costumbres y prestaban garantias para la educacion y bienestar de los menores que iban á quedar á su cargo. Siguiendo esa disposicion, todavia aplicable en esta parte, se necesitaria informacion de testigos sobre esos puntos y sobre el carácter, aptitudes y circunstancias del nuevo marido.

752—La sancion legal de la prescripcion de que se ha hecho mérito, consiste en que si la madre contráe segundo matrimonio sin estar autorizada por el Juez, pierde la tutela; y además, su nuevo marido es solidariamente responsable de las consecuencias de la tutela que indebidamente haya administrado (315 C.). Consecuencias de la tutela serán todas las responsabilidades que, provenientes de ella, puedan declararse contra la muger, aunque sean de actos anteriores al matrimonio, pues solo cuando todo fué legalmente autorizado, es cuando el nuevo marido responde únicamente por la administracion posterior. Mas si, á la fecha del segundo matrimonio, la viuda ya habia perdido la tutela, el nuevo marido ninguna responsabilidad tendrá por las consecuencias de los actos de su administracion.

753—Cuando el Juez determine que la tutela quede á la madre que vá á pasar á segundas nupcias, hay ya obligacion de garantizar con hipoteca, ó fianza en defecto de aquella (2.° 350 C), y debe además darse necesariamente por contutor de la muger, á su nuevo marido, el cual será solidariamente responsable con ella, de la administracion posterior al matrimonio (316 C.). Como contutor, esto es, tutor con la muger, estará obligado á la hipoteca legal, como todos los tutores, y sujeto á todas las responsabilidades de éstos; y por lo mismo que solo es tutor con la muger, perderá ese carácter por muerte, destitucion ó por cualquiera otra causa que haga cesar la tutela de ella, porque desde el momento en que ella no sea tutora, él no puede ser contutor. La responsabilidad de uno y otro no es por mitad, sino solidaria, es decir, que de cualquiera de ellos puede reclamarse el todo de su importe. Por último, en caso de darse por el Juez la autorizacion; para evitar confusion de bienes, debe la viuda, segun se ha visto en otra parte, inventariar los bienes pertenecientes al hijo por cualquier título, so pena de perder el derecho de sucederle como heredera (195 y 196 C.). Una vez perdida la tutela de la madre por las segundas nupcias, no la recobrará, aunque vuelva á enviudar; y hay que advertir tambien que la tutela natural, á diferencia de todas las demás, no necesita de discernimiento (343 C.).

———

PARRAFO TERCERO.

TUTELA TESTAMENTARIA.

754—*Tutela testamentaria* es *la que se confiere por las personas á quienes da la ley ese derecho, con las formalidades prescritas para el otorgamiento de los testamentos* (318 C.). Por esta última circunstancia, y tambien por comenzar despues de la muerte del que la confiere, se llama testamentaria esta tutela; pero exigiéndose solamente que se haga en acto que tenga las formalidades del testamento, no es indispensable que en él se disponga de los bienes. Respecto de ella, se hablará de quienes pueden nombrar tutor testamentario: á quienes; y quienes pueden ser tutores testamentarios.

I.

755—El padre, lo mismo que la madre, en virtud de la potestad que tienen sobre los hijos, pueden nombrar tutor testamentario; pero como por la muerte de la madre continúa la patria potestad del padre; y por muerte de éste, tiene lugar la tutela natural de la madre, el nombramiento de tutor testamentario lo hace únicamente el padre ó la madre sobreviviente, aun que sea menor de edad (317 C.). En este concepto, uno de los cónyuges no puede nombrar tutor testamentario,

ni áun para despues de la muerte del otro cónyuge que le sobrevive, pues debe respetar el derecho que á éste le queda, no solo de ser él el encargado de la persona y bienes del hijo, sino tambien de nombrar, para cuando él falte, el tutor testamentario que le parezca.

756—El ejercicio de este derecho supone que el padre ó madre sobreviviente conservan su potestad ó tutela natural, no solo en el acto del nombramiento, sino hasta su muerte que es cuando se trasmiten las facultades al tutor. En consecuencia, el que la hubiera perdido, ó por cualquier otro motivo no la ejerciera, no podria hacer uso de él, porque para ésto, debe haber sido y ser hasta su muerte, el tutor natural. Por la misma razon, la madre que se ha vuelto á casar, y que no ha conservado la tutela de los hijos de su matrimonio anterior, no puede nombrarles tutor testamentario (319 C.). Mas, si hubiere sido conservada en la tutela, podrá elegir tutor para los hijos de su primer matrimonio; pero bajo el supuesto de que esta eleccion, para ser válida, necesita de la confirmacion del Juez (320 C.). Esta limitacion es indispensable para alejar el temor de las sugestiones del marido para el nombramiento de un tutor que fuera mas en interés de él que de los hijos, pudiéndose llegar hasta nombrarse el mismo marido. Por eso, el Juez, ántes de confirmar el nombramiento del cargo, puede seguir, de oficio, la indagacion conveniente respecto á la moralidad y aptitudes del nombrado, y segun lo que resulte, determina en uno ú otro sentido (1629 y 1630 C. pr.). Algunos estiman inútil la disposicion de que se hace mérito, porque dá derecho á la madre para nombrar tutor, y luego

lo somete á la aprobacion del Juez, quien habria podido nombrar directamente á aquel á quien confirma, pero hay la diferencia de que el testamentario confirmado, entra con preferencia á los parientes del pupilo, miéntras que si del Juez procediera inmediatamente el nombramiento, no podria recaer en un extraño, habiendo personas llamadas á la tutela legítima.

757—El padre ilegítimo reconocido y la madre ilegítima, tambien tienen derecho de nombrar tutor testamentario, porque tienen patria potestad (286 C.); y lo mismo los adoptantes respecto de sus hijos adoptivos, cuando éstos no tengan padres naturales, á cuyo poder vuelvan por muerte del adoptante (281 C.).

758—El extraño no puede nombrar tutor testamentario para la persona y para la administracion de los bienes de un menor; pero puede, si lo nombra heredero ó legatario, disponer que los bienes que de él proceden, se administren por la persona que él designe, y nó por el tutor; y el Juez podrá acceder á ello, si no resultare evidente perjuicio para el menor (423 C.).

II.

759—Puede darse tutor testamentario á los hijos menores de edad, y nó solo á los nacidos, sino tambien al que está por nacer, para el caso en que nazca vivo (23 C.). Puede darse áun á los hijos á quienes no se instituye herederos, porque la ley no exige esta condicion; pero nó á los emancipados, porque ya estan fuera de la patria potestad.

III.

760—Puede ser tutor testamentario cualquiera que no tenga incapacidad para la tutela, siendo indiferente que sea pariente ó extraño, y debiendo entrar el testamentario de preferencia á cualquiera otro, por que la ley tiene plena confianza en la eleccion de los padres, que conociendo las necesidades y circunstancias de sus hijos, y vivamente interesados en su felicidad, designarán las personas mas á propósito. Por esta consideracion, y en virtud tambien del principio general de que la tutela es un cargo público cuya aceptacion no es libre, la ley consigna con especialidad, aunque sea supérfluo, que el tutor nombrado por el padre ó por la madre debe forzosamente aceptar, si no tuviere impedimento ó excusa legal (321 C.).

761—Pueden ser nombrados para la tutela testamentaria, varios tutores ó uno solo; pero en el primer caso, como el desempeño simultáneo de todos se opondria al órden y buena administracion, solamente ejerce la tutela el primer nombrado; y si éste muriere, se ausentáre, quedáre incapacitado ó fuere removido, lo sustituirán los demás por el órden de su nombramiento, por presumirse que en ese órden quiso el testador que administraran (322 C.). Si al nombrarlos el testador, hubiera establecido el órden en que deben sucederse en el ejercicio de la tutela, ese deberá seguirse, por estar entónces expresa su voluntad (323 C.).

762—El nombramiento de tutor testamentario puede hacerse simplemente ó bajo de condicion, y cuan-

do por nombramiento condicional ó por cualquier otro motivo, faltare el tutor testamentario accidentalmente, el Juez debe proveer de tutor interino al menor, prefiriendo al pariente que debe ser llamado á ejercer la tutela legítima (324 C.).

PARRAFO CUARTO.

TUTELA LEGITIMA.

I.

763—La tutela legítima es *la que se ejerce en un menor por el pariente llamado por la ley, en defecto de tutor testamentario* (325 C.). Prefiere á esta tutela la testamentaria por las razones que ya ántes se han indicado; pero en defecto de la última, la legítima tiene lugar, por presumirse que ningun otro se interesará mas que los parientes por la suerte del menor. Por ser llamados directamente por la ley al desempeño de la tutela, toma ésta el nombre de *legítima*.

764—Tiene lugar esta tutela en defecto de tutor testamentario; y por consiguiente, cuando el padre ó la madre no nombraron tutor en su testamento, ó murieron abintestato; y tambien cuando muere, se incapacita, se excusa ó es removido el tutor testamentario. El hecho solo de que el padre ó la madre haya nombrado por tutor, á un extraño, no significa una absoluta exclusion de los parientes, de suerte que

áun faltando él, no sean admitidos ellos. Significa solamente que en el nombrado tenian mas confianza que en cualquiera otro; y la presuncion de interés y afecto de parte de los parientes, milita del mismo modo cuando no se nombró tutor testamentario, que cuando sí fué nombrado pero faltó.

765—Tiene lugar tambien la tutela legítima, áun en vida de los padres, cuando ambos han perdido la patria potestad, es decir, en los casos de emancipacion forzosa (295 C), pues la falta de los padres no debe ceder en perjuicio de los hijos, dejándolos abandonados á sí mismos, sobre todo cuando esa emancipacion no es efecto de la capacidad civil del hijo, sino consecuencia de la incapacidad de los padres.

II.

766—Los llamados en primer lugar, á la tutela legítima, son los ascendientes; y entre éstos, el órden es que se llama, ántes que todos, al abuelo paterno, y así subiendo á los demás ascendientes, de modo que el ascendiente paterno sea siempre preferido al ascendiente materno en el mismo grado; y los ascendientes de un grado á los de otro mas remoto (326 C). Así, de los bisabuelos, prefiere el paterno; pero entre el abuelo materno y el bisabuelo paterno, prefiere aquel por ser de grado mas próximo.

767—Solo los varones, como se vé del artículo citado, son llamados á la tutela legítima; pero las ascendientes pueden ser nombradas tutoras testamentarias ó judiciales; y fuera de ellas, las mugeres, aun

las hermanas, son incapaces de cualquier tutela (3.° 340 C.). La preferencia de la línea paterna es consecuencia de la organizacion de la familia; entre dos bisabuelos paternos, se seguiria tambien la generacion de varones y seria tutor el padre del padre del menor; y entre dos maternos, el padre del padre de la madre.

III.

768—Son llamados en segundo lugar, á la tutela legítima, en falta de ascendientes varones,

1.° Los hermanos varones mayores de edad; prefiriendo los que lo sean por ámbas líneas.

2.° Por falta ó incapacidad de los hermanos, los tios, hermanos del padre ó de la madre (327 C.).

769—Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, ó varios tios de igual grado, como uno solo debe ser el tutor, el Juez elige entre ellos al que le parezca mas apto para el cargo (328 C.). Prefiere la ley el doble vínculo en los hermanos por inducir presuncion de mayor afecto, y militando la misma razon en los tios, serán preferidos los hermanos enteros del padre ó madre del menor, á los medio hermanos.

PARRAFO QUINTO.

TUTELA JUDICIAL.

770—La tutela *judicial* es *la que se dá por el Juez.*

Se dá tutor judicial á los menores no emancipados que no tienen padres ni tutor testamentario ni legítimo. La dá el Juez del domicilio, con esta diferencia, que el nombramiento depende exclusivamente de él, si se trata del menor que no ha cumplido catorce años, ó de la menor que no tiene doce; y que si ya fueren mayores de esa edad, ellos mismos pueden nombrar el tutor, y el Juez confirma el nombramiento, si no hubiere justa causa en contrario (329 C.). El tutor judicial administra como tal, desde el dia en que el Juez le discierne el cargo (330 y 743 C.).

771—Siempre que un varon menor de 14 años, ó una muger menor de doce, no tuviere tutor, puede pedir su nombramiento cualquiera del pueblo; y no pidiéndolo, el Juez lo nombra de oficio, por el interés público que hay de que no estén desamparados. En uno y otro caso, el Juez debe llamar, en primer lugar, á los parientes á quienes asiste el derecho de tutela legítima; y si el pariente mas inmediato no reuniere las condiciones necesarias para su desempeño, puede conferirla al pariente que siga en su órden; y en su defecto, á otra persona que merezca su confianza (1632 y 1633 C. pr.).

772—Del mismo modo, nombra el Juez tutor al ausente menor y á sus hijos menores (87, 89, 103 C.). Tutela judicial es tambien la específica de que vá á hablarse, solo que se contráe á determinados asuntos sin comprenderlos todos.

PARRAFO SEXTO.

TUTELA ESPECÍFICA.

773—La tutela *específica* es *la que se confiere para representar al menor en un negocio judicial y determinado, por incapacidad del que tiene la representacion general, pero sin administracion de bienes;* y equivale á la curaduría para pleitos que habia ántes, aunque sin el carácter general de ésta.

774—Tiene lugar en los casos siguientes:

1. ○ Para decidir si la donacion, herencia ó legado que se defieren á uno que está bajo tutela, con la precisa condicion de que otro que no sea el tutor administre los bienes en que consiste, deben ó no aceptarse (423 C.).

2. ○ En los pleitos que se susciten entre el tutor y el menor, ó cuándo se verse algun incidente en que sus respectivos intereses estén encontrados (418 C.).

3. ○ Para el inventario que el viudo que quiere volver á casarse, ha de formar de los bienes de sus hijos de un matrimonio anterior, ó en la informacion de que no los tiene (59 Dec. de Ref. núm. 272.).

4. ○ Para disminuir el importe de la garantia que de su administracion debe prestar el tutor cuando no puede darla por la totalidad (110 Dec. de Ref. cit.).

5. ○ Cuando en juicios hereditarios hubiere varios menores representados por un solo tutor, y existiere oposicion entre los intereses de los menores; y se dará á todos los que lo tengan contrario al de

aquel cuya representacion conserve el tutor (1054 C.).

6. ° En los mismos juicios, siempre que el tutor ó guardador del menor ó incapacitado tenga interés en la herencia; y su intervencion se limitará á solo aquello en que el tutor general ó propietario tenga incompatibilidad (1334 y 1335 C. pr.).

7. ° Cuando la muger que es menor tiene que pedir separacion de bienes (1166 C.).

8. ° Cuando se habilite al hijo de familia, menor de edad, para comparecer en juicio (1797 C. pr.)

9. ° Para decidir sobre la conveniencia y utilidad de la adopcion del que siendo menor de 21 años, no tiene padre ni madre (1812 C. pr.).

10. ° Cuando se ordene el depósito de hijo ó hija de familia, pupilo ó pupila que sean maltratados por sus padres, tutores ó guardadores, ú obligados por los mismos, á actos reprobados por las leyes (1787, 1788, 1789 C. pr.).

TITULO DECIMO-NOVENO.

DE LAS PERSONAS INHABILES PARA EJERCER LA TUTELA Y DE LAS QUE DEBEN SER SEPARADAS DE ELLA.

775—El ejercicio de la tutela, aunque remunerado de algun modo, es un cargo; y para evitar que sea desechado, la ley declara que todos en general, están obligados á aceptarlo; mas no á todos permite ejercerlo, sino que están impedidos unos por incapacidad ó indignidad, y hay otros á quienes, por justos

motivos, se dispensa de la obligacion de servir el cargo. Las causas de impedimento constituyen *las incapacidades*, de suerte que, aun cuando el incapáz quiera servir la tutela, no es admitido. Las de dispensa ó excepcion constituyen las *excusas*. Hay pues, que ver quienes no pueden ser tutores.

776—1. ° *Por razon de la edad*, no pueden los menores de veintiun años (1. ° 340 C), porque el que está sujeto á tutela y no puede administrar sus bienes por sí, no puede tenerse como capáz para la administracion de los agenos y para la direccion de otra persona. Absoluta como es esta disposicion, no podrá interpretarse en el sentido de que nombrado un menor, se espere á que cumpla la mayor edad, designándose entre tanto, un tutor interino; y como no acaba la tutela ni por el matrimonio del varon menor de diez y ocho años, hasta que no llegue á esa edad, no ejerce por sí en toda su amplitud, los derechos de la tutela natural.

777—Aun suponiendo que un menor fuera habilitado de edad, no podria ser tutor, porque si bien puede administrar su patrimonio, es por una excepcion que no puede llevarse mas allá de su objeto; y menos, extenderse á la administracion de la tutela que exige aptitudes y responsabilidades especiales.

778—2. ° *Por razon de incapacidad personal*, no pueden ser tutores los privados de administrar sus bienes (340 inc. 2.° C.), es decir, los locos y fatuos (33 C. 4. ° Dec. de Ref. núm. 272.). La razon es la misma expresada acerca de los menores.

779—3. ° *Por razon del sexo*, no pueden servir la tutela las mugeres, excepto la madre y demás ascendientes (3. ° 340 C). La madre no solo puede ser sino

que es, de pleno derecho, tutora de sus hijos, por la muerte del marido; y áun puede ser tambien guardadora judicial del marido (430 C.). En cuanto á los otros ascendientes, aunque no tengan la tutela de pleno derecho, pueden tenerla testamentaria ó dativa; mas si bien pueden desempeñar la tutela las ascendientes, no por eso están obligadas á aceptarla;. es facultativo en ellas, así es que el sexo que, en general, es motivo de incapacidad, por que alejadas por lo comun las mugeres de los negocios, poca ó ninguna versacion tendrian para administrarlos, no es para las ascendientes mas que causal de excusa.

780—4.° *Por razon de oposicion de intereses*, no se admiten á la tutela aquellos que por sí, ó cuyo padre ó madre, tienen con el menor un pleito en que se halle comprometida la posicion social de éste, su fortuna ó una parte considerable de sus bienes (340 inc. 4.° C.). La razon es clara, pues habria poderoso motivo de desconfianza respecto del tutor y de peligro para el menor, cuando sus intereses estuvieran encontrados en tan importante materia. Se necesita para la incapacidad 1.°: que haya un pleito que comprometa la posicion social del pupilo, v. g. la disputa sobre su calidad de legítimo; ó su fortuna, en todo ó en una parte considerable; y esto excluye los casos en que la posicion ó fortuna comprometidas en el pleito, sean las de los adversarios del pupilo. Este, entónces, no corre el peligro que ha tratado de evitarse: si son las de los padres del menor, no existe tampoco la misma razon, pues la calidad de tutor no obsta al ejercicio de los derechos de aquellos.

781—Se necesita en segundo lugar, que en ese pleito, el tutor ó alguno de sus padres, sea la parte con-

traria del menor. No necesita explicacion que el mismo contrario del menor no pueda ser su tutor, y la ley extiende la incapacidad al hijo del contrario en el pleito contra el menor, porque el hijo estima siempre como suyos los intereses de sus padres. Así pues, tratándose por una parte de incapacidades, es decir, motivos excepcionales; observando por otra, que entre los casos que pueden imaginarse fuera de los términos precisos de la ley, no hay ninguno que coloque á las partes, en una posicion igual á la que ella determina; y fijándose en que si no se está limitativamente á ella, habria que ir admitiendo, uno tras otro, una série interminable de casos de incapacidad, lo mas conforme á las reglas de interpretacion que dá el Código, es que deba estarse literalmente nada mas que al caso que expresamente consignó la ley.

5.° *Por razon de falta de moralidad*, son excluidos de la tutela, los que han sido condenados á una pena aflictiva (341 C.), porque el que ha sido condenado por delito que tenga señalada alguna de esas penas, no dá garantía para el ejercicio de la tutela. Se consideran penas aflictivas, la de muerte que deje de ejecutarse por indulto, el presidio con retencion, la prision ordinaria, la reclusion correccional y el arresto mayor; siendo de advertir que como las tres primeras privan tambien del derecho de administrar áun los bienes propios, y de los demás derechos de familia, los que han sido condenados á ellas, (31, 35, 36, 37 Cod. pen.), tienen además el motivo de incapacidad de estar privados de administrar sus bienes.

782—Tampoco podrá ser tutor *el inhabilitado especialmente para ese cargo.* Uno de los casos en que la propia ley señala esa inhabilitacion, es el de los

ascendientes, tutores, guardadores, maestros y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad ó encargo, cooperen como cómplices á la perpetracion de los delitos de adulterio, violacion, estupro, rapto y abusos deshonestos, lo mismo que todos los reos de corrupcion de menores (296 y 297 Cod. pen.).

783—Debe tambien tenerse presente que si la condena se impone con posterioridad á la aceptacion de la tutela, es motivo de remocion del tutor (341 C.).

784—6.º *Por motivo de justa desconfianza respecto del manejo del tutor*, son asimismo excluidos de la tutela, y deben ser removidos de ella cuando la ejercen, los que notoriamente tienen mala conducta, los que han manifestado en el ejercicio de la misma tutela ó ineptitud ó infidelidad, y los negligentes que no proceden á inventariar los bienes del menor, dentro de los treinta dias siguientes á la aceptacion de la tutela (342 C.).

785—Acerca de la mala conducta, será notoria cuando la calificacion proviene de hechos conocidos de un gran número de personas, y de ella se ocupa ya el público. El segundo caso solo comprende á los que ya han ejercido el cargo; pero no es indispensable que la ineptitud ó infidelidad sea precisamente en la misma tutela de cuya remocion se trata, y se deduce así del texto mismo de la ley, segun el cual, esa causa sirve no solo para remover, sino tambien para excluir, es decir, para no entrar á desempeñar las funciones de una tutela, lo que supone que la ineptitud ó infidelidad tuvieron lugar en otra anterior.

786—En el último caso, de negligencia para procederse al inventario, debe comprenderse con mayor razon el de que maliciosamente se hiciera incompleto

ó vicioso, excluyendo algunos bienes.

787—Como se vé, la ley distingue la exclusion y la remocion de la tutela: la primera, se refiere á la incapacidad existente y conocida antes de entrar al desempeño del cargo; y la segunda, es la separacion del cargo que ya se está desempeñando, por motivo sobreviniente, ó que por lo menos, no era conocido ántes.

788—En órden á algunos de los casos, el Código los declara como motivos de exclusion y de remocion; pero no habia esa misma declaracion expresa, acerca de los privados de administrar sus bienes, y de los que por sí, ó cuyo padre ó madre, tienen pleitos con el pupilo. Lo natural era que estas causales de incapacidad, lo fueran tambien de remocion, pues nada hay que justifique la continuacion del nombrado en la tutela, si le sobreviene incapacidad de administrar sus bienes, ó pleitos contra el menor; y en ese concepto, el artículo 108 del Dec. de Ref. núm. 272 establece como regla general, que son causas de remocion, todas las que siéndolo de incapacidad, son supervinientes á la aceptacion y administracion de la tutela, ó por lo menos, hasta despues no son conocidas.

789—El Código no se ocupaba de las formalidades para la remocion, pero por analogía con otras disposiciones, parece que debia ser declarada judicialmente por el Juez de 1.ª Instancia, y que desde que se iniciara el juicio, debia suspenderse la administracion del tutor contra quien se promovia, bajo la responsabilidad del demandante, nombrando mientras tanto un interino. Así ha quedado consignado ya que debe hacerse por el art. 109 del Dec. de Ref. núm. 272.

790—Para concluir, hay que recordar, que es causa de remocion especial en la tutela de la madre, que ésta haya contraido segundo matrimonio sin estar autorizada por el Juez, para conservar la tutela. (315 C.).

TITULO VIGESIMO.

DE LAS EXCUSAS DE LA TUTELA.

I.

791—La tutela, segun se ha dicho, es un cargo público, que como tal, todos estan obligados á servir. Sin embargo, este principio admite excepciones fundadas en el interés público que exige que ciertas funciones no sean desatendidas; ó en el interés del mismo menor, cuya guarda demanda especial dedicacion, la cual se considera que algunas personas, por sus circunstancias, no pueden prestar. La excusa consiste en *la alegacion de una causal reconocida por la ley para no desempeñar la tutela;* y como lo indica su nombre, es *voluntaria*, de suerte que el que la tiene, puede ó nó usar de ella; así se distingue de la incacidad, que es verdadera inhabilitacion para ejercerla, de modo que aunque quisiera hacerlo el que la tiene, no seria admitido. Hay que examinar aqui, quienes son los que pueden excusarse de la tutela y el plazo en que ha de hacerse.

792—Pueden excusarse de ser tutores:

1.° *El Presidente de la República, los Secretarios de Estado, los Magistrados de la Corte de Justicia, los Fiscales, los Jefes Políticos, los Jueces de 1.ª Instancia en cualquier ramo, y los Jueces de Paz* (1.° 103 Dec. de Ref. núm. 272). De estos empleados, unos por la importancia y permanencia, y otros por la naturaleza de las funciones que desempeñan, no podrian servir la tutela sin graves inconvenientes para el público.

2.° *Los empleados superiores y Administradores de Rentas Nacionales* (2° 103 Dec. de Ref. cit.); por que los intereses de la Nacion y los del menor requieren que se exima de la tutela á los que por ejercer esos cargos de gravedad y responsabilidad, no pueden dividir su tiempo y atenciones entre el servicio público y la administracion pupilar sin detrimento del uno ó de la otra.

3.° *Todos los ciudadanos que ejercen un empléo público en departamento distinto de aquel en que ha de desempeñarse la tutela* (3.° 103 Dec. de Ref. cit.); porque es claro que tendria que descuidarse alguna de las dos obligaciones; ó tendria que administrar el tutor por medio de otra persona y responder por los resultados de esa gestion, á lo cual no puede obligársele.

4.° *Los militares en servicio activo* (4.° 103 Dec. de Ref. cit.); por existir tambien incompatibilidad entre las obligaciones que aquel impone y la dedicacion que la tutela reclama.

793—Las personas mencionadas solo pueden invocar esos motivos para no aceptar la tutela; pero si, ejerciendo esas funciones, la aceptaren, ya no podrán alegarlo, para que se les exonere despues del car-

go (332 C), ya porque voluntaria como es la excusa, renuncia al derecho de oponerla, el que teniendola no lo hace, cuanto porque hay que suponer que se han considerado en capacidad de atender á la tutela, no obstante la naturaleza de las funciones que desempeñan, y han querido sujetarse á las responsabilidades por faltas en el ejercicio de cualquiera de ellas.

794—Por justas consideraciones á la persona llamada á la tutela y al mejor desempeño de ésta, pueden tambien excusarse.

5. ° *Los que han cumplido* 60 *años de edad* (104 Dec. de Ref. núm. 272). A esa edad, viene ya la vejéz con sus achaques; la ley, sin excluir á los ancianos, porque pueden ser idóneos apesar de sus años, les permite excusarse, porque no se atenderia convenientemente á los intereses del menor, obligándolos á aceptar la tutela, y seria duro ademas exigirles el desempeño de un cargo que estiman superior á sus fuerzas.

6. ° *Los que sufren una enfermedad grave habitual, debidamente justificada* (105 Dec. de Ref. núm. 272). Milita respecto de esta causal, razon análoga á la expresada acerca de la anterior.

7. ° *Los que tienen ya dos tutelas en ejercicio* (1. ° 336 C); porque seria demasiado gravoso imponerles obligacion de desempeñar una tercera, compeliendo al tutor á descuidar sus negocios propios con ese recargo de agenos. Tratándose de persona que sea padre ó madre, esta calidad se cuenta por una tutela; así es que con una que tenga, ya no puede ser obligado á aceptar otra, á menos que sea la de sus hijos, (2 ° 336 C). Respecto de la madre, difícilmente podria presentarse el caso, pues la muger no puede ser tutora

mas que de sus descendientes.

795—El que desempeñando ya dos tutelas, adquiere despues la calidad de padre, puede excusarse de continuar en una de aquellas, porque esa calidad le confiere la patria potestad, ó sea una tutela natural á que está obligado, y la ley no impone á ninguno el ejercicio de tres tutelas. Esto demuestra que la tutela única á que se refiere el inciso 2 ° del art. 336 no debe ser la de los hijos. El punto de partida para la ley es que todos pueden desempeñar dos tutelas: el padre tiene una que es la de sus hijos, y á esa debe agregarse una mas para que pueda excusarse ya de otra, como tercera.

796—La disposicion legal tiene lugar áun cuando los hijos sean mayores: el padre de éstos que desempeña una tutela extraña, tiene los requisitos exigidos para libertarse de otra. Es indiferente que el padre sea legítimo ó ilegítimo reconocido, porque el artículo no distingue; uno y otro tienen obligaciones para los hijos y patria potestad, y hay ademas la razon de analogía de que otra excusa que se refiere al número de hijos, comprende expresamente á los legítimos é ilegítimos reconocidos.

797—Como pueden colocarse bajo una misma tutela dos ó mas individuos, con tal de que haya entre ellos indivision de patrimonios, mediando esta circunstancia, se estima que no hay mas que una tutela (1. ° 422 C.), de modo que no hay excusa para otra. Divididos los patrimonios, se consideran tantas tutelas como patrimonios distintos, aun cuando las ejerza una misma persona (2. ° 422 C.), y en consecuencia, hay excusa para otra diferente.

798—Por último, siendo la razon de la ley no re-

cargar demasiado al tutor, no se deben tomar en cuenta, para excusarse de una guarda, las tutelas específicas, que por su naturaleza, son de corto tiempo y de reducidas obligaciones.

799—8. ° *Los que tienen cinco hijos, varones ó hembras, legítimos ó ilegítimos reconocidos, considerándose como vivos á los varones que hayan muerto en la guerra* (337 C.). La razon de esta excusa es la consideracion de las cargas que pesan ya sobre el padre de una familia numerosa.

800—En cuanto á los hijos muertos en la guerra, no es indispensable precisamente que hayan muerto en batalla, puesto que no se exige el fallecimiento en accion de guerra.

801—Para el efecto de la excusa, el hijo concebido no se tiene como nacido, porque solo en favor de éste, se ha establecido el principio contrario (23 C). Hablando la ley de hijos, y nó de descendientes en general, no tendrá lugar la representacion del hijo por los nietos; pero si el abuelo fuere el tutor de ellos, sí podrá invocar esta tutela para excusarse de una tercera cuando tuviere otra. Refiriéndose tambien á hijos que lo son por naturaleza, legítimos ó ilegítimos; no servirán para formar el número, respecto del padre adoptante, los hijos adoptivos.

802—Finalmente, esta excusa no podrá alegarse para desempeñar la tutela natural del hijo legítimo ó ilegítimo reconocido pues seria contrariar el principio de favor á los hijos que apoya esta excusa, permitir que se invocasen los deberes de la paternidad respecto de unos hijos, para dispensarse de cumplir los mismos deberes con otros. Hay que advertir que el nacimiento de los hijos durante la tutela, no sirve

de excusa para continuar en ella (338 C.), y así, no aprovecha al padre que durante la tutela nazcan todos los hijos ó durante ella se complete el número, sin duda para evitar los cambios de tutor, generalmente gravosos y perjudiciales al menor.

803—9. ° *Los extrangeros* (115 Dec. de Ref. núm. 272). Pueden, segun esta disposicion ser tutores; pero no están obligados á aceptar el cargo, ni la admision del cargo implica la adquisicion de ciudadanía (421 C.).

II.

804—Relativamente á algunas de las excusas, el Código se habia puesto en el caso de que sobrevinieran despues de aceptada la tutela; pero ni lo habia hecho respecto de todas, ni acerca de las primeras era uniforme la resolucion. La enfermedad sobreviniente, excusaba de la tutela ya aceptada, y no excusaba el número de hijos sobreviniente. ¿Qué deberia decirse pues, en órden á las otras causales? Cuando la ley no lo expresaba claramente, daba á entender que no exoneraba de la tutela la superveniencia de la excusa; pero al mismo tiempo era mas lógico y racional que, cualquiera que fuese el motivo de excusa, sobreviniendo á la aceptacion de la tutela, diera el mismo derecho que daria si hubiese sido anterior á ella. Si la ley estima que mediando alguno de esos motivos, hay una razon de interés público, de interés del menor ó de justa consideracion al guardador, para no obligarlo á la aceptacion; cuando el motivo le-

gal no existia al tiempo de esta, pero ocurre despues, debe producir el efecto de que el tutor pueda pedir su exoneracion. En apoyo de esto, habia el inciso 4.° de los arts. 392 y 431 C. que declaran que se acaban la tutela y la guarda por excusa ó impedimento superviniente, lo que significa que son admisibles las causales que sobrevienen. Con estos antecedentes, el art. 107 del Dec. de Ref. núm. 272 estableció como principio general que todo motivo de excusa ó impedimento superviniente á la aceptacion de la tutela, puede alegarse por el tutor para ser exonerado de ella, y por eso tambien se derogó, en consecuencia, el art. 338 del Código.

III.

805—Las excusas de que se ha hecho mérito deben alegarse por el tutor, dentro de tres dias contados desde que se notificó el nombramiento. Si se halláre fuera del lugar de la residencia del Juez, tendrá ademas el término de la distancia, ó sea, un dia por cada cinco leguas (339 C.). Fijadas ya las cinco leguas, carece de importancia determinar lo que deba entenderse por lugar de residencia. El hecho de dejar trascurrir el término, se tiene como una aceptacion; y siendo único, dentro de él deben presentarse todas las excusas que haya.

806—Si la excusa sobreviene, los tres dias deberán comenzar á contarse desde que el tutor tiene conocimiento de ella. Durante el juicio de excusa, y miéntras ésta no se admita, el tutor nombrado tiene obli-

gacion de ejecutar los actos indispensables para el cuidado de la persona y para la conservacion de los bienes del menor.

TITULO VIGESIMO PRIMERO.

DE LAS DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA.

807—La tutela debe ser considerada en tres períodos; 1.° al comenzarse su ejercicio: 2.° durante él; y 3.° al terminarse. En el primero, que es el de la organizacion, se establecen las diligencias y formalidades que deben preceder á su ejercicio: en el segundo, se determinan y reglamentan las funciones, deberes y responsabilidades del tutor: en el tercero, que es el de rendicion de cuentas, se arbitran garantías para la fiel y exacta restitucion de los bienes.

808—Las diligencias y formalidades prévias á la tutela son: la formacion de inventario, la prestacion de garantía; y el discernimiento del cargo. Este parece el órden natural; pero se va á seguir el que tiene el Código, haciendo notar los inconvenientes que ofrecía.

PARRAFO PRIMERO.

DISCERNIMIENTO.

809—*Discernimiento de la tutela* es *el acto judicial en que se autoriza al tutor para ejercer el cargo;* y toda tutela, con excepcion de la natural, que

se confunde con la patria potestad, debe ser discernida (343). Se exige el discernimiento, porque siendo la tutela una institucion de órden público, es preciso, ántes de autorizar su ejercicio, cerciorarse de que están constituidas ya, en favor del menor, las garantías que la ley establece para seguridad de sus bienes (1630 y 1631 C. pr.) Como se advierte fácilmente, ya aquí supone la ley que la hipoteca ó fianza que ha de dar el tutor es prévia al discernimiento, y lo establece de un modo terminante el art. 349 C. disponiendo que para discernir la tutela es necesario que preceda el otorgamiento de la fianza ó caucion hipotecaria á que el tutor esté obligado.

810—El discernimiento de la tutela es tan esencial, que son nulos los actos del tutor que no han sido autorizados por aquel (352 C.); y no debiendo darse al mismo, efecto retroactivo, por no haber disposicion especial de la ley que lo establezca, siguiendo el artículo 9 del Código, no se validarán, por el solo discernimiento posterior, los actos ejecutados con anterioridad.

PARRAFO SEGUNDO.

FIANZA.

811—En esta parte va á tratarse de la razon de la fianza: de quienes deben prestarla: de la extension que debe tener; y de los casos en que esta puede aumentar ó disminuir.

I.

812—RAZON.—Segun ántes se ha indicado, al discernimiento debe preceder el otorgamiento de fianza ó caucion hipotecaria (349 C). La necesidad de esa garantía depende del deber del legislador de velar por los intereses de los menores y de adoptar todas las precauciones posibles para que, cuando lleguen á la mayoría, no encuentren perdidos sus bienes y arruinada su fortuna, ya que no puede contarse siempre con que el administrador de ellos los vea con el mismo empeño y solicitud con que el dueño ve los suyos propios y los de sus hijos.

II.

813—QUIENES DEBEN PRESTAR GARANTIA.—Todos los tutores están obligados á dar garantía hipotecaria ó de fianza, con excepcion de los siguientes:

1.° *El marido respecto de su mujer menor, de la cual es tutor* (1.° 350 y 419 C.), porque es él por la ley, el administrador nato de sus bienes, y relativamente á éstos, la inscripcion y la hipoteca legal dan á la mujer garantías suficientes, como las dan á la que es mayor de edad. Mas, si por ser menor de 18 años el marido, el tutor de éste hubiere de serlo de la mujer (449 C.), deberá dar ó ampliar la garantía en extension competente.

2.° *El padre y la madre que no han pasado á segundas nupcias* (2.° 350 C.), porque esa tutela de

los padres se confunde con la patria potestad, y porque en el amor de ellos tiene la ley generalmente, la garantía mas eficaz, fuera de la hipoteca legal que se consigna. Cuando pasan á segundas nupcias y conservan la tutela, es de temer que el afecto á los hijos del matrimonio anterior se disminuya, ó que el nuevo cónyuge pueda, de algun modo, influir en perjuicio de ellos, y que á esa influencia se sacrifiquen sus intereses. La fianza que da la mujer que pasa á segundas nupcias, es sin perjuicio de la responsabilidad especial del marido (315, 316 y 351 C).

3. ° *El tutor específico ó interino que no tiene que administrar bienes;* porque falta entónces el motivo de la garantía (3. ° 350 C).

III.

814—NATURALEZA DE LA GARANTIA.—La garantía que ha de prestar el tutor consiste en hipoteca, que se llama *legal*, por estar prescrita su constitucion por la ley (349, 2050 C.); ó en fianza, que solo se admite cuando el tutor no tiene bienes en que constituir la hipoteca (344 C.) La ley ha preferido la hipoteca, porque dado el sistema de publicidad, presta mas seguridad la cosa; pero se ha puesto tambien en el caso de que el tutor no tenga bienes qué hipotecar, ó no encuentre persona que quiera hipotecar los suyos, y entónces se ha contentado con la fianza.

815—Si el tutor no puede constituir hipoteca por toda la cantidad que debe asegurarse, á causa de ser pocos sus bienes y no alcanzar á cubrirla, la ga-

rantía podrá consistir, parte en hipoteca y parte en fianza; ó solo en fianza, á juicio del Juez, prévia audiencia de un tutor específico (110 Dec. Ref. n ○ 272). En ese caso, siempre se llena el objeto de que el menor quede asegurado; la deficiencia de los bienes puede equipararse al caso de su falta, y la intervencion del Juez y la audiencia del tutor específico, responden de que se ha examinado la idoneidad del tutor y la de la garantía que presta (345 C).

IV.

816—Extension de la garantia.—En órden á la extension que debe tener esa hipoteca ó fianza, nuestra ley, como se ha hecho notar respecto de la de la Baja California de donde fué tomada, ha llevado hasta donde cabe, la prevision; y si áun queda algun peligro para los bienes del menor, será pequeño y remoto. Si la garantía se exigiera por el valor de todos los bienes que administra el tutor, seria imposible ó sumamente difícil, en muchos casos, su prestacion, cuando la fortuna del menor fuera cuantiosa; y por otra parte, el valor de los bienes raices no peligra por la administracion del tutor, porque, lo mismo que los muebles preciosos, no pueden ser enagenados libremente, sino con muchos requisitos prévios, ni áun arrendarse por mas de seis años (373 C. y 113 Dec. de Ref. n. ○ 272). El riesgo pues, se referirá únicamente á los bienes, rentas y productos que están en manos del tutor, y de que puede disponer sin esas restricciones, porque es indispensable para su conservacion y

aumento. Así, á ellos solo y principalmente debe referirse la garantía, y en ese concepto, la hipoteca, y á su vez la fianza se dán (346 C.):

1. ○ Por el importe de las rentas de los bienes raíces y réditos de los capitales impuestos.

2. ○ Por el importe de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas.

3. ○ Por el producto de las mismas fincas, graduado, á eleccion del Juez, por expertos, ó por término medio en un quinquenio.

4. ○ Por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma, ó á juicio de expertos.

817—Ese importe se calcula por todo el tiempo de duracion de la tutela misma. Si los bienes aumentan ó disminuyen, lo cual podrán acreditar el tutor ó los que por el menor se interesen, ya que aquel no está obligado á rendir cuenta anual que lo demuestre, es consiguiente y natural, por el objeto de la garantía, que la hipoteca ó la fianza deban aumentarse ó disminuirse proporcionalmente.

818—Aumento y diminucion.—Podrá disminuirse tambien la extension de la garantía, cuando el tutor, dentro de los treinta dias despues de formalizado el inventario de los bienes del menor, no puede darla por todas las cantidades que fija la ley, lo cual se decidirá por el Juez, con audiencia de un tutor específico; pero la diminucion nunca puede ser en mas de la mitad de la suma total por la que debiera darse la hipoteca ó fianza (348 C.). Puede en efecto, suceder que sea crecida la fortuna del menor: que no sea posible al tutor, no obstante ser hombre de probidad y

rectitud conocidas, y que posea algunos bienes, dar la garantía en toda su extension: que el tutor específico exponga favorablemente acerca de sus condiciones personales y de la verdad de que no puede dar la garantía total; y entónces, el conjunto de esas circunstancias en su abono, suplen en parte la caucion, y se evita un perjuicio al menor al facilitar la administracion de su tutela. Puede aquí notárse que la ley suponia que la prestacion de fianza era posterior al inventario, cuando éste sin embargo, como se verá despues, es posterior al discernimiento del cargo que supone prestada la fianza; y cuando siendo el inventario la base indispensable para la prestacion de la garantía, pues solo con él puede determinarse su extension, ha de ser prévio, én el órden natural, á la fianza y al discernimiento que deberia ser el último acto. Hoy, esa dificultad está removida por el Decreto de Reformas al Código Civil, de modo que primero es el inventario: despues, la prestacion de hipoteca ó fianza; y por último, el discernimiento.

PARRAFO TERCERO.

INVENTARIO.

819—Antes de comenzar el ejercicio de la tutela, se debe tambien formar inventario de los bienes del menor, es decir, una nómina en que consten todos los objetos, acciones y derechos que constituyen su patrimonio. El inventario es indispensable, como base

de la administracion y del cargo de la cuenta que el tutor ha de presentar al concluir sus funciones; y siendo tal su importancia, mientras no esté formalizado, no es permitido al tutor tomar parte en la administracion, sino en cuanto fuere absolutamente necesario (111 Dec. de Ref. n. ○ 272.).

820—Ese inventario debe hacerse, es decir, empezarse y terminarse, dentro de los treinta dias siguientes á la aceptacion de la tutela (111 Dec. de Ref. n. ○ 272). Los treinta dias siguientes al discernimiento, decia el artículo 353 del Código Civil, modificado por el que acaba de citarse; pero, como se ha hecho notar ya, resultaba la dificultad de que el inventario fuera la última de las diligencias prévias, cuando habria de ser la primera.

821—Este plazo puede, segun las circunstancias, ser restringido por el Juez, y puede tambien ser ampliado por él hasta á dos meses (354 C.), tomando en cuenta las dificultades y motivos que para ello puedan mediar; y si hubiere bienes fuera del territorio de la República, podrá otorgarse el término que señala el Código de procedimientos (355 C). En este Código, no se encuentra otra disposicion á que se haga referencia si no es la del artículo 1579 que, despues de prescribir que el inventario comience luego que el administrador de bienes agenos acepte el cargo, dispone que si debe practicarse á consecuencia de la muerte del dueño de los bienes, se comenzará, salvo el término de las distancias que hubiere, dentro de un mes del fallecimiento; y se concluirá dentro de los noventa dias siguientes, incluyendo el primer término.

822—El inventario ha de ser judicial, es decir, de

órden del Juez y autorizado por un notario público (1574 y 1.° 1577 C. pr.), y en la forma y con los detalles que el Código de procedimientos establece (357) C). Si hubiere omision en su práctica, cualquiera interesado por el menor, puede pedirla al Juez (1580 C. pr.); y la obligacion de formarlo es tan estricta que faltar á ella constituye un motivo de exclusion ó remocion de la tutela (3.° 342 C.); y nadie, ni el mismo testador, puede eximir al tutor de su formacion (356 C. y fr. 2.ª 1572 C. pr). Lo contrario seria destruir la responsabilidad del tutor y provocar al fraude cuando la conservacion de los haberes del menor es de interés público.

823—Si hecho el inventario, aparecen otros bienes, deben inventariarse tambien y agregarse al primeramente formado; y pudiendo ocurrir que haya cambio de tutor, por muerte ó remocion del primero, ó por cualquiera otra causa, para evitar diligencias y gastos inútiles en la práctica de otro inventario, el tutor que sucede, recibrá por el anterior, anotando en él las diferencias (358 C). Esta operacion se hará con la misma solemnidad que el inventario anterior, como que produce el mismo efecto; y ese pasará á ser el inventario del sucesor. (359 C).

TITULO VIGESIMOSEGUNDO.

DE LA ADMINISTRACION DE LA TUTELA.

824—Practicado el inventario, otorgada la fianza correspondiente, y discernido el cargo, entra el tutor en la administracion de la tutela. Sus atribucio-

nes pueden dividivirse en unas que se refieren al cuidado de la persona del menor, y otras que se refieren á su representacion y á la administracion de sus bienes. Vá á tratarse de ellas por su órden.

PARRAFO PRIMERO.

OBLIGACIONES RELATIVAS A LA PERSONA DEL MENOR.

825—Las obligaciones del tutor relativas á la persona del menor, tienen por objeto 1.° su cuidado y direccion y 2.° la provision de los gastos de su crianza y educacion.

I.

826—El tutor esta obligado á alimentar y educar convenientemente al menor. Debe enseñarle buenas costumbres y procurarle ejemplos de moralidad, así en la vida privada, como en los establecimientos en donde se siga ó comience á formar su educacion. En cuanto á la carrera ú oficio á que deba dedicarlo, será, en todo caso, la que el menor elija (368 C), segun sus circunstancias; pero procurando ilustrar su juicio, á fin de que haga la mejor eleccion, subordinada siempre á las condiciones especiales que dependan, ó de la cuantía y estado de los bienes, ó de las cualidades personales del menor. Mas, si cuando el

tutor entra á desempeñar la tutela, halla que el que tenia patria potestad sobre el menor, le habia dedicado ya á alguna carrera, no variará ésta sin aprobacion del Juez (369 C), porque debe suponerse acertada la disposicion de los padres, interesados mas que ninguno, en la suerte de sus hijos. Como pudiera suceder, sin embargo, que hubieran cambiado las circunstancias que determinaron al padre á señalar la carrera ú oficio, el Juez decidirá este punto prudentemente, recabando, en todo caso, la voluntad del menor.

827—Recíprocamente, el menor debe respetar á su tutor, y éste tiene respecto de él, la facultad de sujetarlo, corregirlo y castigarlo moderadamente, de aprovechar prudentemente sus servicios, de mantenerlo en su poder y recogerlo del lugar donde estuviere, y de exigir el auxilio de cualquiera autoridad para hacer valer sus derechos (362 C). Generalmente pues, él menor vivirá en la casa del tutor, ó en el establecimiento que éste designe; pero esto no quita el derecho del padre para designarla, ni el que puede en algunos casos tener la madre para que esté á su lado, ni la facultad del Juez para señalar la que estime mas conveniente, segun las circunstancias especiales del menor. El domicilio legal será sí, el del tutor (65 C).

II.

828—Los gastos de alimentos y educacion que debe el tutor dar al menor, los hace de los bienes de

éste, sin estar obligado á hacerlos de los suyos própios, pues no se extiende hasta allí la significacion de cargo público que tiene la tutela. Esos gastos deben regularse de tal suerte que nada le falte de lo necesario, segun su condicion y fortuna. Y como las necesidades pueden interpretarse mas ó ménos ámpliamente, por ser relativas á la posicion social, con el objeto de impedir una designacion inconveniente, el Juez debe fijar, con audiencia del tutor, cuando éste entre en el desempeño de su cargo, la cantidad que haya de invertirse en alimentos y educacion, sin perjuicio de hacer despues, alteracion segun el aumento ó disminucion del patrimonio y otras circunstancias que la justifiquen (365 C). Si el padre hubiere designado la cantidad, es lo mas propio que se atienda á su voluntad, sin perjuicio tambien de que el Juez pueda alterar la suma, en atencion á diversas circunstancias.

829—Han de hacerse estos gastos de las rentas de los bienes del menor, para no disminuir su patrimonio, procurando siempre que quede intacto el capital. Si no alcanzaren á cubrirlos, el Juez debe decidir acerca del medio que haya de adoptarse para llenar ése déficit y evitar la enagenacion de los bienes, pudiendo, segun los casos y aptitudes del menor, hasta hacer que se dedique á éste á algun oficio para que ayude á las erogaciones que reclamen su subsistencia y educacion (370 C).

III.

830—El tutor tiene tambien la representacion del

menor en todos los actos civiles: y en esa virtud, puede, por él y en su nombre, contratar, litigar y ejecutar los demás actos civiles. La representacion no se extiende, sin embargo, á los actos expresamente exceptuados, como el reconocimiento de hijos y el otorgamiento de testamento (360 C). Se hallan exceptuados éstos, por el carácter personalísimo que tienen, por la libertad absoluta que debe haber para ellos, y por que respecto del testamento, como no surte su efecto sino despues de la muerte del menor, falta la razon de tratar de evitarle perjuicio. Tampoco representa el tutor al menor para contraer matrimonio, pero se necesita de su consentimiento á falta de padres y abuelos (126 C).

831—Por efecto de esa representacion, los menores toman posesion por medio de sus tutores: éstos piden la devolucion de lo pagado por el menor por apuestas (1864 C.), y del depósito hecho por él (1970 C. y 3.° 528 C.): pueden pedir la particion de bienes (1017 C.) que deberá ser judicial (1053 C.); se presentan por ellos en juicio, ya como demandantes ó como demandados (1.° 101 C. pr.); y aun están presentes á las confesiones que hagan en juicio (2.ª fr. 638 C. pr). Si litiga el menor sin intervencion del tutor, solo será válido el juicio en lo que le sea favorable (103 C). Tiene pues, el tutor, amplias facultades como apoderado jurídico, restringidas solamente para los actos que suponen dominio, porque teniendo en el fondo la representacion pupilar los caractéres del mandato, se concreta á lo que es de administracion, necesitándose otros requisitos para los que salen de esa categoría; ó bien por la cantidad de que se trata, tienen mayor importancia.

832—Así, se requiere licencia judicial, con conocimiento de causa, para que el tutor pueda transigir ó comprometer en árbitros los negocios del menor, cuando la cantidad que se verse exceda de trescientos pesos (386, 388 C. y 37 C. pr.); y en el caso de compromiso, debe además sujetarse á la aprobacion del Juez el nombramiento de árbitros hecho por el tutor (387 C). Para que el Juez apruebe la transaccion, debe oir el dictámen de dos expertos en el asunto de que se trate (1843 C.); y para conceder la autorizacion para ella, se necesitan los mismos requisitos establecidos para la venta de bienes de menores, en lo que son aplicables (1727 C. pr.); y si en virtud de la transaccion se recibe alguna cantidad, debe entregarse al tutor para imponerla á interés en su caso (1728 C. pr). La facultad de transigir supone la de ceder en parte su derecho, y la de comprometer implica la sujeccion á otros Jueces distintos de los ordinarios, ó la renuncia de alguno de los trámites comunes, y por esto la ley no los incluye en los que, como de administracion, está facultado á hacer por sí el tutor. Por una razon análoga, no puede éste desistir de un juicio en absoluto, porque el desistimiento equivaldría á la cesion del derecho de un menor, ó á una transaccion que no puede llevarse á término sino con ciertas condiciones y solemnidades (1.° 441 C. pr).

PARRAFO SEGUNDO.

ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL MENOR.

833—En la administracion, cuya materia forma la

representacion del tutor en los actos extrajudiciales que conciernen al menor, pueden considerarse tres clases de actos: unos de pura administracion que puede y debe el tutor ejecutar por sí solo: otros que por su trascendencia, ó por implicar dominio, necesitan de licencia judicial; y otros finalmente, que por su naturaleza, ó por el interés que en ellos puede tener el tutor, no cabe que los ejecute de ningun modo.

834—En general, tiene el tutor, en cuanto á los bienes del menor, obligacion de administrarlos como buen padre de familia; y en consecuencia, tiene que satisfacer los daños y perjuicios que ocasionare por una mala administracion (367 C.), en la cual se comprende tambien la falta de administracion. Se consideran como actos de pura administracion que el tutor puede ejecutar por sí solo, los que que tienen por objeto el cultivo y conservacion de las propiedades, el empleo de los capitales, la recaudacion de las rentas, el cobro de lo que se debe, la venta de los muebles no preciosos, el arrendamiento por no largo tiempo &c. &c.

835—La facultad y obligacion de administrar que tiene el tutor halla limitacion, cuando al menor se hace alguna donacion ó legado, ó se deja alguna herencia, con la precisa condicion de que los bienes en que consisten, se administren por otra persona que el donante ó testador designen, en cuyo caso puede accederse á los deseos de ellos, á menos que el Juez, oyendo á un tutor específico, encontrare evidente perjuicio para el menor, en aceptar en esos términos, la donacion, herencia ó legado. (423 C).

836—Dentro del primer mes de ejercer su cargo,

debe fijar el tutor, con aprobacion del Juez, la cantidad que ordinariamente haya de invertirse en gastos de administracion, y el número y sueldo de los dependientes necesarios para ella, necesitándose despues, de igual aprobacion para aumentar el uno ó el otro (366 C). Esta aprobacion es para hacer ordinariamente el gasto, pero no acredita por sí sola que esté hecho; y así, no liberta al tutor de *justificar*, al rendir sus cuentas, que efectivamente han sido invertidas esas sumas en sus respectivos objetos (367 C).

837—Debe obtener dentro de sesenta dias, contados desde el vencimiento del plazo, el pago de los créditos á favor del menor, ó garantía competente que los asegure; y si no lo hubiere conseguido, ó no hubiere pedido judicialmente el uno ó la otra, será responsable por el valor de los mismos créditos (403 C.), pues en todos estos casos, puede suceder que el deudor quede insolvente, ó que de alguna otra manera se burle el derecho del acreedor, haciendo por lo menos difícil ó litigiosa la accion que, deducida á su tiempo, habria sido eficaz y cierta.

838—Igualmente, si el menor no está en posesion de algunos bienes á los que tuviere derecho, tiene el tutor que entablar judicialmente, á nombre de aquel, las acciones conducentes para obtener el recobro ó la indemnizacion, dentro de dos meses, contados desde la fecha en que tuvo noticia del derecho del menor; y no haciéndolo, es responsable de la pérdida (404 C.), sin perjuicio de la nueva responsabilidad que, despues de intentadas esas acciones, pueda resultarle por culpa ó negligencia en el desempeño de su cargo.

839—Es tambien una de las obligaciones positivas del tutor, la de imponer con aprobacion del Juez,

bajo segura hipoteca, ó con garantías competentes, segun las circunstancias, el dinero que resulte sobrante, despues de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, que proceda de pagos de capitales, ó de venta de bienes, ó se adquiera de cualquier otro modo, dentro de treinta dias contados desde el momento en que se hayan reunido trescientos pesos (112 Dec. de Ref. n. ° 272). La imposicion se hace con aprobacion del Juez, para consultar la mayor seguridad; y la obligacion nace de la general que tiene el tutor de conservar y procurar el aumento de los bienes del menor, lo que no se obtendria manteniendo ocioso el dinero. La falta de cumplimiento en este punto, hace al tutor responsable de los intereses que debió producir el dinero dejado de colocar por su culpa; y al rendirse cuentas, no será excusa admisible para no imputarlos, la manifestacion de no haber encontrado establecimiento ó persona competente en quien imponer el dinero (372 C). Para libertarse de responsabilidad, lo prudente será que en tiempo, ocurra el tutor al Juez, para acreditar la imposibilidad de la colocacion.

840—Cuando el menor fuere acreedor á una herencia, el tutor puede oponerse á que se lleve á cabo la particion, mientras no esté pagado el crédito, ó no se le asegure, y deberá exigir la garantía de hipoteca, que se admite con autorizacion judicial. (1063 C).

841—Está obligado asímismo el tutor á pedir la inscripcion de bienes ó la constitucion de hipoteca, en sus respectivos casos, por los bienes en que consista el peculio de los hijos (frac. 2. ᵃ 2059 C.)

842—Puede el tutor recibir lo que se adeude al

menor (2307 C.); y puede tambien celebrar por él, sociedad singular ó particular, es decir, limitada á una negociacion especial y determinada (1784 C).

843—Los tutores y guardadores responden, igualmente que los menores ó incapacitados, por los perjuicios que éstos causen y constituyan cuasi delitos. (fr. 3. ª 2277 C).

II.

844—Se tienen como actos de dominio, ó de suma importancia, que no puede ejecutar el tutor sin autórizacion judicial, los que tienen por objeto la enagenacion de bienes raices ó muebles preciosos, su hipoteca ó servidumbre, el arrendamiento de los mismos por largo tiempo, la repudiacion de herencia, donacion ó legado, y los gastos extraordinarios. Corresponde examinar conforme á las prescripciones de nuestra ley, esos actos.

845—El tutor no puede gravar ni enagenar los bienes inmuebles del menor, los derechos anexos á ellos y los muebles preciosos, sino por causa de absoluta necesidad ó de evidente utilidad, debidamente justificadas, y prévia la autorizacion judicial (373 C). Si el tutor pudiera á su arbitrio y libremente, disponer de esos bienes, no se lograria uno de los principales fines de la ley, cual es el de que el menor los conserve durante el tiempo en que, por su incapacidad, no puede manejarlos, para que, al entrar en la mayoría, encuentre elementos de trabajo y medios de subsistencia.

846—La justificacion de la necesidad ó utilidad, cuando no aparezca evidentemente de los recados que presente el tutor, se verifica por medio de dos expertos en la materia de que se trate (374 C). Puesto que la ley exige absoluta necesidad, indica suficientemente que nó basta una necesidad cualquiera, sino la que refiriéndose á objetos indispensables, no puede satisfacerse mas que gravando ó enagenando los bienes. La utilidad tambien ha de ser evidente, esto es, que en la operacion que va á practicarse, no aparezca ningun peligro racional de pérdida, sino por el contrario, lucro y ventajas tales, que cualquiera hombre prudente y práctico gravaria ó enagenaria sus bienes en iguales circunstancias, para conseguirlos.

847—Hay desde luego utilidad y necesidad en los contratos sobre bienes de menores:

1. ○ Cuando los productos de los inmuebles, no alcanzan para satisfacer los créditos legítimos, ó para llenar las necesidades de alimentacion y educacion del menor.

2. ○ Cuando para conservar los bienes y sus productos, no se puede encontrar otro medio que el de gravarlos con una hipoteca.

3. ○ Cuando se proporciona la redencion de un gravámen mayor por otro menor (1701 C. pr).

4. ○ Cuando una cosa correspondiente á muchos, no puede dividirse sin pérdida. (1631 C).

848—Cuando la enagenacion se hace para cubrir con su producto algun objeto determinado, debe constar al Juez que se realizó el pago ó cumplió la obligacion para cuya satisfaccion se enagenó la propiedad del menor. Por eso el Juez, para cerciorarse de la verdad y para evitar el abuso que pudiera come-

ter el tutor, fingiendo una necesidad que no existia, ó que no era absoluta como él afirmaba, si se ignorara el resultado de sus actos, debe señalarle un plazo prudente, dentro del cual acredite que el producto de la enagenacion, lo cual debe cuidar dicho funcionario bajo su responsabilidad (1721 C. pr.), se invirtió en su objeto (375 C). Si pasan tres meses sin que se haya cumplido, el precio ó producto de la enagenacion han de imponerse á interés (1724 C. pr).

849—Si se tratare precisamente de venta, debe preceder el reconocimiento y tasacion de los bienes (1707 C. pr.) por expertos, cuya designacion hará siempre el Juez (1719 C. pr). Debe además, hacerse la venta de los inmuebles en subasta pública y judicial, bajo pena de nulidad (376 C.), de suerte que, hecha sin este requisito, no causará perjuicio, en nintiempo, al menor. La subasta pública y judicial tiene por objeto evitar, por medio de la publicidad é intervencion del Juez, los fraudes que pudieran caber en una venta privada, y además, que la mayor concurrencia de postores, haga subir el precio de la finca que se vende, lo cual compensa generalmente los mayores gastos que ocasiona la subasta. Terminante como es la prescripcion legal, el comprador no podrá sostener la validez de la venta, aunque desques alegue y pruebe la conveniencia del menor; pero por equidad, y en virtud del principio de que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, parece natural que pueda exigir la devolucion de la suma en que el menor se haya hecho mas rico por haberse invertido en positivo beneficio del mismo.

850—Para la enagenacion de alhajas y muebles pre-

ciosos, el Juez decidirá si conviene ó nó la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad del menor (376 C). Estos bienes no son generalmente de tanta importancia como los raices, y no hay por lo mismo, en su venta, igual peligro de fraude; y además, una parte regular de su valor se invertiria muchas veces en los gastos de subasta. De ahí, la facultad otorgada al Juez para que aprecie como corresponde las circunstancias. En caso de que no se dispense, como la ley solo habla de almoneda, bastará que la venta sea pública sin necesidad de intervencion judicial; pero esta última da siempre mas seguridad.

851—Las condiciones relativas á la enagenacion de bienes de menores, no tienen lugar cuando se hace en virtud de expropiacion forzosa conforme á la ley (389 C. y 10 del Dec. de 3 de Setiembre de 1861), por mediar entónces un motivo excepcional que es el que determina la venta, haciéndola provenir, nó de utilidad del menor sino de utilidad pública.

852—Tampoco parece que debieran exigirse cuando no sea la venta voluntaria, como si en virtud de ejecucion y embargo hay que rematar los bienes del menor, ó si se tratara de la constitucion de hipoteca ó servidumbre de raices trasferidos al menor con la carga de constituirlas, y aceptados ya bajo ese supuesto, ó se usa de alguno de los pactos de adicion á dia, de la ley comisoria, ó retroventa, en que se procede por derecho anterior de tercero.

853—Por último, se advierte que para las formalidades expresadas no es indispensable que la cosa sea de la exclusiva propiedad del menor, bastando que tenga parte é interés en ellla; (1631 y 1041 C.); y que el menor puede escoger entre la accion de nulidad

contra el que compró sus bienes sin las formalidades legales, y la accion contra el tutor.

854—El tutor tiene en general, el derecho de dar en arrendamiento los bienes del menor, y es uno de los actos de administracion que ha de ejecutar cuando no se puede ó no conviene trabajarlos directamente para el dueño. Para hacerlo, sin embargo, por mas de seis años, se requiere comprobacion de necesidad ó utilidad y prévia autorizacion judicial (113 Dec. de Ref. n.° 272); porque un arrendamiento por largo tiempo se equipara ya á un derecho real, importando una especie de enagenacion la restriccion de usar de la cosa en ese número de años: porque hay un interés social en que los dueños, en cuanto puedan, trabajen por sí mismos su propiedad, para que la cuiden y mejoren, y en que el menor encuentre libres sus bienes al llegar á la mayoría; y en fin, porque produciendo el desarrollo de la riqueza cambibs periódicos en el valor de la propiedad raiz y en su precio de arrendamiento, conviene que el tutor no se aparte de ese movimiento, sin noticia y autorizacion del Juez.

855—El arrendamiento, hecho con los requisitos expresados, por mas de seis años, subsistirá por el tiempo convenido, aun cuando su duracion exceda la de la tutela; pero es nula toda anticipacion de rentas ó alquileres por tres ó mas años (114 Dec. de Ref. n.° 272). Para concluir este punto, hay que notar que la autorizacion judicial para el arrendamiento, se otorga con las mismas condiciones fijadas para la venta, en lo que son aplicables; y que aunque la disposicion del Código Civil [379 C.] se referia al término de cinco años, el artículo 1729 del C. de pr.

fija el de seis, el mismo que conforme al inciso 5.° del artículo 2065 del C. C. se señala para que el arrendamiento esté sujeto á inscripcion; y por eso, el Decreto de reforma estableció tambien seis años.

856—El tutor no puede recibir dinero prestado, en nombre del menor, en cantidad que exceda de trescientos pesos, ya sea que se constituya ó nó, hipoteca en el contrato, sin autorizacion judicial [381 C]. De otra suerte, fácil seria que por ese medio pudiera arruinarse al menor. El artículo 1906 C. exige para dar ó recibir á mútuo en nombre del menor, las mismas formalidades que se requieren para transigir; y la falta de facultades para hacer ordinariamente préstamos gratuitos, se deduce de la obligacion de imponer á interés el dinero. Siempre el prestamista podrá repetir la cantidad en que el menor se haya hecho positivamente mas rico.

857—El tutor no puede repudiar ninguna herencia deferida al menor, sin decreto del Juez, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario (382 y 848 C). Para repudiar, se necesita autorizacion del Juez porque ese acto puede implicar pérdida de bienes, suponiendo por consiguiente un acto de dominio. Para la aceptacion no se requiere esa autorizacion, sino que basta el beneficio de inventario, porque con éste, queda á salvo de todo perjuicio el patrimonio del menor, quien solo responde por el importe efectivo de la herencia.

858—La misma regla existe respecto de las donaciones ó legados deferidos al menor: no se podrán repudiar sin licencia del Juez; mas sí aceptarse sin necesidad de ella; y en caso de que impongan obligaciones ó gravámenes al menor, no podrán

aceptarse sin prévia tasacion de las cosas donadas ó legadas (383 C). Se ha establecido esta tasacion, lo mismo que el beneficio de inventario, para que el menor no resulte responsable por mas que el valor que ella arroje.

859—Necesita tambien el tutor de autorizacion del Juez para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservacion ó de reparacion (384 C.); y esto, tanto porque tales gastos son generalmente de mayor importancia que los comunes, cuya cuota ya ha fijado el Juez, cuanto porque no están comprendidos en los actos de administracion que solo se refiere á lo que es gasto ordinario.

860—Por la trascendencia del acto y por la enagenacion que importa, tampoco es permitido al tutor hacer cesion de los bienes del menor sin autorizacion judicial (1407 C. pr).

861—Por el interés que puede tener el tutor, y para evitar que se anteponga á otras personas, cuyos créditos sean preferentes ó mas gravosos al menor, no le es permitido hacerse pago de sus créditos contra éste, sin aprobacion judicial (377 C).

862—La imposicion de servidumbre sobre una finca del menor, por equipararse á la enagenacion, exige las mismas formalidades que ésta (1281 C).

863—Consiguiente parece tambien á la obligacion de imponer el capital del menor, que el tutor no pueda retirar el ya impuesto sin conocimiento y licencia del Juez.

III.

864—Por la naturaleza de los mismos actos, no puede el tutor, ni áun con licencia judicial, hacer

donaciones á nombre del menor (385 C). porque lejos de aumentar, disminuyen el patrimonio. Deben entenderse comprendidas en la prohibicion de donar, la remision gratuita de una obligacion, y la prestacion de fianza que generalmente solo trae gravámen, con excepcion de los casos en que la ley establece la obligacion de prestarla y la sanciona con la pérdida de algun derecho. Si la donacion fuese remuneratoria, como equivale al pago de un servicio, podria, á mi juicio, tener lugar, pero con autorizacion judicial.

865—El tutor no puede tampoco celebrar sociedad general con los bienes del menor (1784 C.) por la incertidumbre del resultado, y porque teniendo ese carácter de general, su éxito desgraciado comprenderia toda ó gran parte de la fortuna del pupilo.

866—Por razon del interés del tutor, no puede éste ejecutar de ningun modo, algunos otros actos. Por regla general, está prohibido al tutor procurar directa ó indirectamente su interés particular en cualquiera clase de contrato ú operacion en que, por razon de su cargo, intervenga, respecto de los bienes de sus menores, como si en vez de imponer sus capitales los tomara él para usos propios; y está sancionada esta prohibicion con las penas de inhabilitacion especial á inhabilitacion absoluta y multa del 20 al 50 por ciento del interés que hubiere tomado en el negocio. [fr. 2. ᵅ 252 Cod. pen].

867—El tutor no puede comprar ni arrendar los bienes del menor, en almoneda ó fuera de ella, ni áun con licencia judicial, tanto para que no se aproveche en perjuicio del menor, como porque así lo exigen la moralidad y la delicadeza. La ley no admite ni áun el negocio hecho con licencia judicial, significando así

claramente que quiere alejar toda colusion posible en daño del menor, y quitar al tutor todos los medios de burlar su objeto. Le prohibe por esto, hacer contrato alguno respecto de los bienes del pupilo, no solo para sí sino tampoco para su muger, hijos ó hermanos (363, 1. ° 1517, 1. ° 1673 C. y 2. ° 252 C. pen). Esta regla general solo tiene una excepcion en la venta de bienes, en el caso de que el tutor, su muger, hijos ó hermanos sean coherederos ó partícipes del menor [364 C.], porque entónces falta la razon de la prohibicion. Puesto que esas personas son interesadas en los bienes lo mismo que el menor y es necesaria la enagenacion, no puede quitarse á uno de los herederos ó partícipes, el derecho que como tal tiene de comprar, solo porque alguno de ellos sea menor.

868—Si contra las prohibiciones de que acaba de hacerse mérito, se compra alguna cosa del menor, será nula la venta y el comprador pierde el precio á favor de la Tesorería de las Facultades superiores, reconociendo sobre él, mientras no lo pague, el interés legal (249, 250 Dec. de Ref. n. ° 272). La nulidad solo puede intentarse por el dueño de la cosa vendida, ó por los que lo representen (1519 C.); y si además ha sufrido perjuicios, se le indemnizan deduciendo, su importe del precio que se devuelva, ó de la multa que se entregue á la Tesorería de las Facultades (251 Dec. de Ref. citado); y si no alcanza el precio ó la multa, el culpable queda obligado á pagar la diferencia y responde ademas por los gastos del juicio (252 y 253 Dec. de Ref. citado).

869—Tampoco puede el tutor aceptar para sí mismo, á título gratuito ú oneroso, la cesion de ningun derecho ó crédito contra el menor; y solo por herencia

puede adquirir esos derechos (378 C.) Si esto no obstante, acepta el tutor la cesion, ésta será nula, pero solo entre él y el menor, en interés y beneficio de éste. El cedente no estaba sometido á ninguna prohibicion, y áun podia ignorar la calidad del tutor; mas si éste procedió de buena fé y el crédito cedido es efectivo, es de equidad que el pupilo pague al tutor el precio desembolsado, inferior al nominal, nó como á cesionario sino como á gestor que hizo útilmente el negocio del menor.

870—Por lo demás, limitado el artículo á la cesion, no debe extenderse al caso de deuda á que el tutor esté obligado como deudor solidario ó como fiador. Puede entónces en su oportunidad, pagar, quedándole recurso contra el menor, porque esto no es hacerse ceder sino satisfacer su propia deuda. Del mismo modo, si él es acreedor hipotecario y hay otro anterior, podrá pagarle para subrogarse y asegurar mejor su crédito, lo mismo que puede pagar de su peculio las deudas del pupilo, nó como comercio de cesion sino como anticipacion hecha al menor. Sin embargo, como estos casos, aunque diversos de derecho, de hecho solo se distinguen por la intencion del acreedor y la del que paga; y bajo su apariencia podria además ocultarse una verdadera cesion, es siempre mas seguro que el tutor obtenga licencia judicial; bajo el concepto de que sin ésta, ninguna anticipacion ni crédito contra el menor, se abonará al tutor al fin de la tutela, si excede de la mitad de la renta anual de los bienes de aquel (410 C). El caso de esta anticipacion ó crédito puede tener lugar, si el tutor, de sus propios fondos, ha adelantado lo que necesitaba el menor; y el objeto debe ser el de que se llene

tan exactamente como pueda, el propósito de la ley de que no se inviertan en los gastos del menor mas que las rentas de sus bienès; y que éste no consuma anticipadamente lo que ellos han de producir, como sucederia si se autorizara toda especie de anticipacion ó crédito.

PARRAFO TERCERO.

RETRIBUCION DEL TUTOR.

871—Aunque el cargo de tutor es en su orígen de mera confianza, por lo cual, ántes se le tenia como de desempeño gratuito, no pareciendo justo que ese servicio quede sin alguna remuneracion ya que exige trabajo y pérdida de tiempo, la ley ha establecido una retribucion que se paga de los bienes del menor. Esta puede fijarse por el ascendiente que, conforme á derecho, nombre en su testamento al tutor; y en defecto de esa designacion, y para los tutores legítimos y judiciales, la señala el Juez (390 C). En los casos en que éste haya de fijar el honorario, debe atender á la calidad de la tutela, á la cuantía de los bienes y su situacion, á la naturaleza é importancia de los negocios en que consista, y á todas las circunstancias que sirvan para determinar la mayor ó menor actividad y trabajo que debe tener el tutor, y segun ellas, la fijará. En ningun caso puede bajar la retribucion del cinco ni exceder del veinte por ciento de las rentas líquidas los bienes del menor (390 C).

TITULO VIGESIMO TERCERO.

DE LA EXTINCION DE LA TUTELA.

872—Creada la tutela en beneficio de los mencres, no tiene una duracion indefinida, y termina generalmente la administracion, ó porque es innecesaria ya para el menor la guarda del tutor, ó porque éste no puede continuar desempeñandola por imposibilidad natural ó legal.

I.

873—1. ° Se extingue pues, *por muerte de l tutor* (1. ° 392 C.), porque entónces hay imposibilidad natural de que siga ejerciéndola, y porque la tutela es un cargo personal que no pasa á los herederos del tutor, como que se buscan las condiciones y circunstancias especiales de aquel. Pero los herederos sí deben responder como tales, de la administracion de su causante; y si son mayores, están obligados á continuar en la administracion hasta el nombramiento de un nuevo tutor (417 C).

2. ° *Por la ausencia del tutor, declarada en la forma legal* (2. °—392 C). Si despues de las formalidades establecidas para esa declaracion, el tutor no aparece, debe proveerse á la tutela de los menores

que le están confiados, como se provée á la posesion de los bienes del mismo ausente y á la guarda de sus propios hijos. (102 y 103 C).

3. ᵒ *Por remocion* (3. ᵒ —392); pues cuando ha sido separado con causa legal (342), el efecto inmediato es que cese en sus funciones el tutor; y que en consecuencia se nombre otro nuevo. A las causas de remocion pueden referirse tambien la imposicion de pena que lleve consigo la pérdida de los derechos de familia, porque no administrando el que la sufre, ni sus bienes propios, no podrá tampoco administrar los agenos (31 C. Pen.); la inhabilitacion especial para el cargo de tutor, y la responsabilidad criminal por el delito de corrupcion de menores (290 y 297 C. Pen.).

4. ᵒ *Por excusa ó impedimento superviniente del tutor* (4. ᵒ —392 C). La excusa debe haber sido admitida por el Juez como legal, y el impedimento estar comprobado en forma competente, no bastando tener la una ó el otro, si éste no está probado, ó no se alega y admite aquella.

5. ᵒ Se acaba tambien, *cuando es la madre la tutora y contráe segundo matrimonio sin estar autorizada para conservar la tutela* (315 C.); ó cuando el Juez, préviamente á su celebracion, decide que no debe conservarla (314 C).

6. ᵒ *Por el cumplimiento de la condicion puesta en la tutela testamentaria* (324 C).

874—Estos modos solo son propiamente casos en que cesa el tutor que ántes administraba, y nó modos de acabarse verdaderamente la guarda del menor, porque éste continúa en ella, aun cuando se cambie la persona que la ejercite.

II.

874—Se extingue la tutela por parte del menor:

1. ° *Por su muerte*, por ser evidente que entónces ya no puede haber lugar á ella. (1. °—392 C).

2. ° *Por la mayor edad del menor* (5. °—392 C.), porque la mayoria es el término natural de la tutela, como que ese poder de proteccion tiene por causa la menor edad. Si fuere incapaz, tendrá guardador.

3. ° *Por el matrimonio de la mujer menor* (6. ° 392 C.); porque entónces entra el marido á ser tutor de ella; pero no se acaba por el matrimonio del varon menor de 18 años, porque el tutor suyo administrará los bienes de ambos (419 C). En rigor pues, hay para la muger cambio de tutor, aunque si el marido es quien la ejerce, solo estará sujeto á las restricciones que fija la ley para la administracion de los bienes de la sociedad conyugal, y nó para la tutela comun.

4. ° *Por adopcion del menor sujeto á tutela*; por que entónces el hijo adoptivo pasa á estar bajo la patria potestad del adoptante (286).

5. ° *Por habilitacion de edad*, ya que el objeto de ésta es dejar al menor la administracion de sus bienes. (99 Dec. de Ref. núm. 272).

TITULO VIGESIMO CUARTO.

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA Y ENTREGA DE BIENES.

876—Terminada la tutela, el tutor debe rendir cuenta de su administracion. Al efecto, está obligado á llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere posible, documentada, de todo el tiempo de su manejo: á presentarla luego que la administracion termine: á restituir los bienes á quien por derecho corresponda, y á pagar el saldo que haya en su contra. Hay que ver pues, 1. ° Quiénes deben rendir cuenta: 2. ° á quiénes: 3. ° en qué plazo: 4. ° el modo, forma y lugar en que debe rendirse, y los abonos especiales que pueden hacerse: 5. ° el saldo de la cuenta y el tiempo de su abono; y 6. ° el tiempo en que la accion prescribe.

I.

877—Está obligado á dar cuenta de su administracion todo tutor, incluso el testamentario, y esta obligacion no puede ser dispensada en contrato ó en última voluntad, ni áun por el mismo menor; y si se pusiere como condicion en algun acto, se tendrá por no puesta (393 y 394 C). La obligacion de dar cuenta, inherente á todo el que administra bienes agenos, no puede nunca ser dispensada en la tutela por ser ésta

una institucion de órden público; y porque sin la cuenta final, todas las prescripciones de la ley en favor del menor quedarian sin efecto. No puede tampoco admitirse una condicion que se oponga á esa obligacion, porque no puede relajarse una prescripcion de órden público en consideracion á un interés particular; y porque si tal cosa se autorizára, se crearia en el tutor un interés contrario al del pupilo, brindándole las facilidades de defraudarlo. Si el inventario es inexcusable porque es la base de la administracion y de la cuenta, y no puede ser dispensada por ninguno su práctica, mucho mas inexcusable debe ser la cuenta que es la comprobacion.

878—Independiente de la rendicion de cuentas, existe en el tutor, concluido su cargo, la obligacion de entregar todos los bienes de la tutela y los documentos que á ella pertenezcan (397 C.), como que ya no tiene título alguno para retenerlos. El cumplimiento de esta obligacion no debe suspenderse por estar pendiente la rendicion de cuentas (398 C.), porque ésta puede hacerse sin necesidad de seguir en la administracion, que mas bien impediria y complicaria su formacion, puesto que exigiria la prolongacion de ella indefinidamente. Mas, como para formular la cuenta puede ser necesario que tenga el tutor á la vista varios documentos pertenecientes al menor, pueden éstos quedar en su poder prévia autorizacion judicial (399 C).

879—A efecto de dar seguridad al menor para la rendicion de cuentas, miéntras estas no se rindan á satisfaccion del interesado, ó de quien debidamente lo represente, las garantías dadas por el tutor no se cancelarán sino cuando hayan sido aprobadas y esté

cubierto el saldo de ellas (396 C). De otro modo, la caucion seria ilusoria porque la oportunidad para hacer uso de ella es cuando se sabe si es responsable el tutor, y cuál es la extension de esa responsabilidad. Y para evitar además cualquier abuso en el particular, el tutor y sus hijos no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda, hasta despues de la aprobacion legal de las cuentas (129 C.): hasta entónces, todo convenio celebrado entre el tutor y el que estuvo bajo su guarda, es nulo (412 C.) y hasta entónces, no puede adoptar el tutor al pupilo; y por igualdad de razon, será nulo todo convenio si se celebra entre el que estuvo bajo la guarda y los herederos del tutor; y si contra esta prescripcion se hiciere, solo el menor podrá alegar la nulidad por ser establecida en beneficio suyo. La disposicion no debe extenderse al convenio entre tutor y pupilo ya mayor, sobre lo que sea extraño é independiente de las cuentas, por ejemplo, la venta de una casa particular, sin relacion á las cuentas.

880—La obligacion de darlas pasa tambien á los herederos del tutor, porque aunque la tutela sea un cargo personal que no se trasmite, ellos han de responder de la administracion de su causante, como que la responsabilidad que por ella tuviera, lo mismo que las consecuencias de cualquiera obligacion, son una carga de la herencia que los herederos deben soportar. Cuando alguno ó algunos de los herederos, por ser mayores, continúan administrando los bienes de la tutela hasta el nombramiento de un nuevo tutor, su responsabilidad es la misma que la del tutor. (395 y 417 C).

II.

881—La cuenta debe rendirse al pupilo ya mayor de edad, ó á quien lo represente; es decir, á sus herederos, ó al nuevo tutor en su caso (393 C). Este tiene estricto deber de exigir su rendicion y la entrega de los bienes, siendo responsable de todos los daños y perjuicios que por su omision se sigan al menor (401 C), por ejemplo, si por su tardanza ó negligencia, el tutor anterior ó sus herederos se hacen insolventes.

III.

882—En cuanto al plazo, la ley ha fijado para la rendicion que el tutor, ó en su falta, quien lo represente, debe hacer, el plazo de dos meses contados desde el dia en que fenezca la tutela. Esto no obstante, si ocurren circunstancias extraordinarias que exijan un plazo mayor, por la complicacion de negocios de la tutela ú otra causa semejante, podrá el Juez, á instancia de parte, prorogar los dos meses á cuatro mas. (400 C).

IV.

883—Corresponde ahora examinar el modo, forma y lugar en que la cuenta debe darse.

884—La cuenta debe estar acompañada de sus documentos justificativos, porque de otro modo equivaldria á no darla; así es que toda partida debe llevar la constancia de ser efectiva, con excepcion de aquellas que, por su naturaleza, no puedan ser comprobadas á juicio del Juez, pues respecto de los gastos menudos, por ejemplo, exigir justificacion seria un gravámen molesto que impediria en muchas ocasiones, la pronta satisfaccion de las necesidades del menor (402 C.); y además, el tutor, generalmente, solo está obligado á lo que un buen padre de familia. Son comprobantes la autorizacion para hacer el gasto á que se refiere cada partida, sea la general dada al principio de la administracion ó la especial posterior cuando el caso la exige; y el documento que pruebe que realmente se hizo el gasto. La obligacion de documentar la cuenta no puede dispensarse porque equivaldria á dispensar de rendirla.

885—La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se hacen á expensas del menor, porque una y otra son en beneficio suyo, constituyen un gasto necesario inherente á la tutela como el del inventario, y no habria justicia en gravar al tutor con gastar de su peculio en lo que no se ha establecido para su utilidad. Si, para realizar ámbas cosas, no hubiere fondos disponibles del menor, el Juez puede autorizar al tutor para que se procure los necesarios, á cargo de los bienes de la tutela (406 C). Esta disposicion tiene lugar cuando el tutor obra de buena fé, pues si interviniere dolo ó culpa de su parte, son de su cuenta todos los gastos, en pena de aquellos y de la morosidad ó resistencia que los den á conocer (407 C).

886—Las cuentas deben darse en el lugar del de-

sempeño de la tutela, porque allí, mejor que en cualquiera otra parte, puede apreciarse y comprenderse la verdad de las mismas; á no ser que el menor, ó el que conforme á derecho lo represente, prefieran el fuero del domicilio del tutor, renunciando así á lo establecido en beneficio suyo (408 C).

887—En órden á la forma, con tal de que en la cuenta aparezcan expresadas, con claridad y exactitud, las partidas de existencias y gastos, el tutor puede adoptar la que le parezca. En la partida de gastos, puede abonarse el tutor todos los hechos debida y legalmente, aunque los haya anticipado de su propio caudal, á lo cual sin embargo no está obligado; y aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha sido sin culpa y mediando buena fé de su parte, ya que no puede atenderse al éxito casual y hacersele responsable de los casos fortuitos (409 C.). El abono de adelantos no comprende sin embargo, las anticipaciones ó créditos contra el menor que excedan de la mitad de la renta anual de los bienes de éste, á ménos que al efecto haya habido autorizacion del Juez (410 C); porque establecido por equidad, en beneficio del tutor, no ha de extenderse hasta convertirlo en un medio de perjudicar al menor sin responsabilidad ninguna.

888—Puede igualmente abonarse el tutor lo que le corresponda por indemnizacion, sujeta en su regulacion al prudente arbitrio del Juez, del daño manifiesto que haya sufrido por causa de la tutela, y en desempeño necesario de ella, pues sus obligaciones con relacion al menor, no se entienden con tanto rigor que se perjudiquen de esa suerte sus intereses propios. Si el tutor pues, desatendiendo sus bienes propios por salvar

los intereses del menor, sufre algun perjuicio, el menor debe satisfacerlo en compensacion del provecho que recibió; pero esto ha de ser solamente cuando no hubo de parte del tutor culpa ó negligencia para el cuidado de sus cosas; porque mediando alguna de ellas, á sí mismo debe imputarse la pérdida y soportar sus consecuencias (411 C).

V.

889—Examinada y aprobada la cuenta, el saldo que resulte, á favor ó en contra del tutor, debe pagarse con abono del interés legal, porque ni él debe retener gratuitamente lo que corresponde al menor, ni éste lo que el tutor alcance. Corre ese interés contra el tutor, desde la rendicion de las cuentas, si hubieren sido dadas dentro del término designado por la ley; y si nó, desde que espire el término. porque el tutor no puede ignorar lo que debe; y si no lo paga en el acto, debe presumirse que lo ha empleado en su provecho. Mas si el alcance es contra el menor, éste no debe intereses sino hasta que prévia entrega de los bienes, sea requerido para el pago [413 C.]. Se necesita el requerimiento, porque no procediendo el saldo, de administracion de bienes ajenos que haya tenido el pupilo, quien por primera vez tiene pleno conocimiento de sus negocios, no debe suponerse morosidad de su parte sin esa formalidad; y se necesita la prévia entrega de los bienes, porque de ellos debe pagar; y porque debe tratarse de impedir la malicia de algun tutor codicioso, y no sancionar de ningun modo

el derecho de retencion por parte del tutor cuando médian consideraciones tan delicadas.

VI.

890.—Todas las acciones del menor contra el tutor, sus fiadores y garantes por hechos relativos á la administracion de la tutela, quedan extinguidas por el lapso de cinco años, contados desde el dia en que, siendo ya mayor el que estuvo en tutela, haya recibido los bienes y la cuenta respectiva. Si falleciere ántes de cumplirse el quinquenio, prescribe la accion en el tiempo que falte para cumplirlo [414 C]. Esas acciones no pueden ser imprescriptibles como en el derecho romano; porque se daria ocasion á litigios largos y ruinosos, entablados quizás cuando se hubieran perdido los documentos justificativos de los hechos; y el término señalado en el Código es suficiente para resguardar los derechos del pupilo. Este tiempo comienza á contarse desde la entrega de los bienes y rendicion de la cuenta, porque sin ésta no puede saber el menor si el tutor tiene responsabilidad, y cuánto importa; y por lo mismo, no ha de tomarse como punto de partida la fecha de la mayoria. Mas, cuando al llegar á ésta, se sepa cuál es y á cuánto monta la responsabilidad del tutor, como sucede en el caso de que la tutela haya acabado para algun tutor durante la minoría, desaparece la razon especial que se ha indicado; y entónces el menor podrá ejercitar las mismas acciones contra el tutor ó tutores que hayan cesado en su administracion durante la minoria, computandose el térmi-

no desde el dia en que el menor llegue á la mayor edad (415 C.).

891.—Para concluir, ha de advertirse que las disposiciones á que se ha hecho referencia en este título no comprenden á los tutores naturales, cuyos procedimientos se sujetan á las que rigen en materia de patria potestad (416 C).

TITULO VIGESIMO QUINTO.

DE LOS GUARDADORES.

892—Guardador se llama *el individuo á quien se encarga el cuidado de la persona, y la administracion de los bienes de un incapaz* (33 y 424 C.). Tambien se llama guardador *el encargado de administrar los bienes de un ausente.* (87 y fr. 2.ª 424 C.).

893—Los guardadores pueden ser testamentarios ó judiciales (425 C.). Son testamentarios los que el padre, y en su defecto la madre, nombra en una disposicion de última voluntad, á los hijos que siendo incapaces, son legítimos, legitimados, ilegítimos reconocidos, ó adoptivos; y son judiciales, los que nombra el Juez, en falta de testamentarios. (426 y 427 C.).

894—Pueden ser guardadores los mismos que pueden ser tutores; y además, puede la muger ser guardadora judicial de su marido: tienen las mismas obligaciones que los tutores, y pueden excusarse y ser removidos por las mismas causas que ellos. (428, 429 y 430 C.).

895—Se acaba la guarda del incapacitado:

1.° Por muerte del incapacitado (1.° 431 C.).

2.° Por muerte del guardador (2.° 431 C.).

3.° Por ausencia del guardador declarada en la forma legal (3.° art. cit.).

4.° Por remocion, escusa ó impedimento superviniente (4.° art. cit.).

5.° Por terminar la incapacidad (5.° art. cit.).

896—En los casos de los incisos 2.° 3.° y 4.°, se nombra otro guardador al incapaz, porque la incapacidad subsiste, de suerte que la guarda no se acaba para el menor, sino que sólo se cambia la persona del guardador (432 C.).

897—Se acaba la guarda del ausente, además de los modos expresados, por haber aquel constituido apoderado, y por darse la posesion provisional ó definitiva, á los herederos del ausente (93 y 101 C.).

TITULO VIGESIMO SEXTO.

DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL.

PARRAFO PRIMERO.

DEL REGISTRO EN GENERAL.

898—*La posicion legal de un individuo en la familia y en la sociedad*, constituye su estado civil.

Ese estado produce diversas relaciones jurídicas y da por lo mismo, á la persona, ciertos derechos y le impone ciertas obligaciones inherentes á su posicion. Así v. g: el estado de marido confiere á éste las atribuciones y le impone los deberes anexos al matrimonio. Segun el art. 434 del Código, el estado civil es *la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles;* pero propiamente, el estado civil no es la calidad, sino la posicion ó condicion del individuo, la cual crea esa calidad.

899—Por el nacimiento se adquieren y se pueden trasmitir ciertos derechos, es decir, comienza el estado civil. En ese estado se producen modificaciones de importancia radical por el matrimonio, mediante el cual el hombre se hace jefe de una familia, y la muger contráe respecto de él las obligaciones de dependencia y sujecion que el órden de esa sociedad reclama. Por último, el estado civil acaba con la persona cuando ésta muere, pero la muerte es á la vez el orígen y punto de partida de muchos derechos de otros individuos. Hay pues, desde luego, tres acontecimientos cuya realizacion y época en que se verifican, debe constar con toda exactitud, en obsequio de la seguridad y eficacia de los derechos de los individuos y de la tranquilidad de la sociedad: el nacimiento, el matrimonio y la muerte de los individuos.

900—El Registro del estado civil, creado por el Código, es indispensable para suministrar los datos indispensables á la estadística, y ha venido á llenar una gran necesidad. Antes de él, no habia mas que las partidas que se asentaban en los libros parroquia-

les acerca del nacimiento, del matrimonio y de las defunciones. Prescindiendo de que solo esos actos constaban en tales libros, la experiencia demostró que se llevaban con poco cuidado y exactitud, estando confiados generalmente á escribientes ignorantes ó á los sacristanes de las parroquias, y no siendo dignos por lo mismo, de hacer fé para todos los datos de la vida civil. Además, limitándose á hacer constar algunos hechos relativos solo á los individuos de cierto culto, no podian llenar el objeto que la sociedad debe proponerse, ni podian subsistir despues que, establecida la libertad de cultos é interesado el legislador en que consten los actos de la vida civil de todos los individuos, sea cual fuere la religion á que pertenezcan, tiene que ser una institucion puramente civil, sin mezcla religiosa ni eclesiástica, la del Registro que por eso se llama del estado civil.

901—Los extrangeros no tienen el goce de los derechos políticos que competen á los ciudadanos, derechos que ni aun se extienden á todos los que tienen la calidad de guatemaltecos. El reconocimiento de los hijos ilegítimos dá al padre la patria potestad legal, y á los hijos reconocidos dá derechos de mucha significacion; la adopcion es una paternidad legal, que establece importantes derechos y obligaciones civiles; y hay además otros hechos que modifican la capacidad legal de la persona. Interesada la sociedad en que esos hechos que dán orígen á derechos y cambios tan trascendentales, queden consignados de un modo auténtico, ha prescrito que la calidad ó posicion legal de cada individuo debe constar en el registro especial que ella ha creado, y se llama Registro del estado civil, y que las actas ó partidas de éste,

sean la prueba del respectivo estado (435 C.).

902—Registro, acta ó instrumento, es el documento que hace constar un hecho; y registros del estado civil son *los libros en que se hace constar el estado civil.* En ellos se inscriben los nacimientos, la ciudadania y el domicilio de extrangeros, asi como la reserva de nacionalidad de los hispano-americanos, y la rehabilitacion que se conceda conforme al artículo 147 del Código de Procedimientos criminales, cuando el reo hubiere alcanzado indulto de la pena principal: los matrimonios: la separacion de bienes, el divorcio, su cesacion y la nulidad del matrimonio: la emancipacion y la habilitacion de edad: las adopciones, la interdiccion, la tutela y su término, y las defunciones (1184 C. 473 C., pr. y fr. 2.ª -57 y 116 Dec. de Ref. núm. 272).

903—Cada uno de estos actos se registra en un libro separado, cuyo costo es á cargo de los fondos municipales de la poblacion respectiva; y como al márgen de esa partida hay que anotar las incidencias y modificaciones que el estado civil sufra, se halla prevenido que al asentarlas en el libro correspondiente, se deje en blanco la tercera parte de la anchura del papel. (440 y 441 C).

904—El Registro lo desempeña, en la Capital, un funcionario que se denomina Depositario del Registro civil. Su nombramiento corresponde al Gobierno, y percibe, además de su dotacion, los derechos que, para algunos casos, le asigna la ley; dura en sus funciones cuatro años; y puede ser siempre nombrado de nuevo para las mismas funciones, y removido á voluntad del Gobierno. El Depositario debe ser ciudadano en ejercicio de sus derechos, y Abogado ó

Notario Público (436, 437 y 438 C).

905—En todas las demás poblaciones, que no sean la Capital de la República y tengan Municipalidad, el Registro está á cargo del Secretario Municipal.

906—Las actas del Registro Civil deben tener ciertas formalidades que son comunes á todas; y hay otras además que son especiales á algunas de ellas. De unas y otras va á tratarse separadamente.

PARRAFO SEGUNDO.

REGISTRO DE NACIMIENTOS.

I.

907—Siempre que se verifica un nacimiento, debe darse parte al funcionario encargado del Registro Civil á mas tardar dentro de ocho dias siguientes al suceso, declarándole:

1. ° Qué dia y en qué lugar se verificó el nacimiento.

2. ° El sexo y nombre del recien nacido.

3. ° Quién es la madre y su estado, si pudiere aparecer.

4. ° Quién es el padre, si fuere conocido y pudiere aparecer.

5. ° El domicilio y la nacionalidad de los padres, cuando estos pudieren aparecer. (442, 443 C. y 117 Dec. de Ref. núm. 272).

908—Se necesita que se exprese el dia para fijar con exactitud la edad, y aún algunas otras leyes del Registro Civil, como la española, exigen que se declare tambien la hora, dando como razon, que aunque aparezca superfluo, es frecuentemente de suma importancia, como que de su fijacion exacta puede depender la adquisicion ó pérdida de derechos cuantiosos. Asi, tratándose de un niño que haya fallecido el dia siguiente de su nacimiento, la constancia de la hora en que nació y de la hora en que murió, será la que sirva para graduar si ha vivido veinticuatro horas, y podido adquirir y trasmitir derechos (750 C). Conveniente es tambien que se exprese el lugar del nacimiento, como lo especifica la ley, el cual será generalmente el de la jurisdiccion municipal á cuyo registro se acude.

909—La declaracion del sexo y nombre del reciennacido, se necesita para fijar, de algun modo, la identidad de la persona, y porque los cuadros mensuales que despues tienen que formarse deben ser con distincion de sexos. La ley no habla del apellido, suponiendo que será el del padre si el hijo es legítimo ó ilegítimo reconocido, y el de la madre en los demás casos, siguiendo lo que se observa entre nosotros. El nombre que figure en la partida del Registro, es el que ha de llevar el individuo durante su vida; y cuando por medio de informacion, ó como la ley determine, se cambie ó rectifique el nombre ó apellido, se pondrá la correspondiente anotacion marginal en la partida de nacimiento (118 Dec. de Ref. núm. 272).

910—Para nosotros es aplicable lo que respecto de España decian Laserna y Montalban, refiriéndose al cambio de nombres: poca importancia se ha dado á

ese punto: no habia ley que expresamente tratara de esta materia, y apénas si se sabe de mas de un caso de persona que haya ocurrido de una manera formal para cambiar de apellido. No son raros el cambio de nombre, y la sustitucion ó modificacion de apellido, hechos arbitrariamente, ó por vanidad y preocupacion, ó con el mal propósito de cometer hechos criminales, ó de ocultarlos despues de perpetrados y eludir la pena. El Código respectivo castiga ese hecho (182 C. Pen.); pero como puede haber casos en que haya una razon atendible para esos cambios, y la ley admite que puede haberlos, deberia fijarse la forma de obtener esa autorizacion. Asi se hizo en el art. 118 del Decreto últimamente citado, estableciendo que el cambio ó rectificacion de nombre no puede hacerse sin autorizacion del Juez de 1.ª Instancia, despues de seguir, con citacion del Ministerio Fiscal ó Síndico municipal, una informacion respecto de los motivos legítimos y racionales que haya para el cambio ó rectificacion.

911—La declaracion debe expresar tambien quienes son los padres del nacido, cuando el nombre de los padres pudiere aparecer. De aqui se deduce que para la inscripcion del nacimiento no es forzosa la comparecencia de los padres, aunque seria muy conveniente, lo mismo que la suscripcion del acta cuando aparecen; y que no es siempre indispensable hacer constar la filiacion del recien nacido. La ley explica que se entiende que no pueden aparecer los padres, siempre que tengan inconveniente para ello por motivo de honestidad ó de decoro (444 C); pero no diciendo que quede á la calificacion del Registrador determinar cuándo existe y cuándo nó ese motivo, parece

que siempre que se trate del nacimiento de un hijo ilegítimo, y no se declare al Registrador quiénes son los padres, porque éstos no quieran aparecer, debe abstenerse de exigirlo y de entrar en indagaciones para las que no está autorizado. Cuando se trate de hijos legítimos, no puede haber dificultad en que consten los nombres de los padres; y si el padre mismo ha ocurrido á inscribir la partida, y la ha firmado ó hecho firmar á su nombre, no puede despues desconocer la legitimidad (2.° 212 C.). Por analogía, está dispuesto que si el padre ilegítimo suscribe como tal, por sí ó por medio de representante, el acta de nacimiento, se tiene por reconocido el hijo (1.° 229 C).

912—No requiere la ley, á diferencia de la generalidad de los Códigos, que se presente al encargado del Registro, el niño cuyo nacimiento ha de inscribirse. Esta presentacion es importante para que el Registrador se cerciore de la existencia del niño y para evitar el engaño que puede cometerse haciendo inscribir un nacimiento que no ha tenido lugar, ó como nacido con vida al que nació muerto, ó atribuyendo al niño nacido efectivamente, diversa edad de la que en realidad tenga.

II.

913—Deben hacer la declaracion de que se ha venido tratando, en primer lugar, el padre de familia en cuya casa se haya verificado el nacimiento; y á falta de éste, y sucesivamente, el que lo represente, los parientes del recien nacido, ó cualquiera persona que haya asistido al parto (442 y 445 C.). No exigién-

dose condicion alguna respecto de la edad y sexo de la persona declarante, no es indispensable para que sea admitida, que tenga la calidad de mayor de edad ó de varon, tanto mas cuanto que podrán darse casos en que solo mugeres hayan asistido al nacimiento y tengan noticia de él.

914—Cuando el recien nacido haya sido expuesto, la persona en cuya casa se exponga y el administrador ó administradora de la casa de huérfanos ó expositos, si á ella se ha llevado, deben cumplir con dar parte al Registro, cumpliendo tambien en lo que sea posible, con hacer la declaracion de los puntos que determina la ley. A este fin, está dispuesto que el Administrador ó administradora de la casa de huérfanos ó expósitos, lleve un libro para asentar una anotacion de los niños que se reciban en el Establecimiento, expresando el dia y hora en que fueron expuestos, la edad aparente de la criatura, y todas las señales que pueden servir para el futuro reconocimiento de la misma, teniendo presente esas constancias al dar al Registrador el aviso respectivo. (446 C.).

915—Si el recien nacido muriere ántes de haberse registrado el nacimiento, debe siempre extenderse una partida correspondiente al nacimiento y otra á la defuncion, en los libros respectivos (449 C). Esta disposicion es necesaria por la trasmision de derechos del recien nacido que puede tener lugar; y las dos actas combinadas darán en su caso, la luz necesaria para juzgar si el niño tuvo las condiciones legalmente requeridas para la adquisicion y trasmision de derechos. Si hubiere nacido muerto, se extenderán tambien dos actas, haciendo constar que ámbas se refieren á una misma hora.

916—Cuando se trate de inscribir el nacimiento de niños gemelos, se extenderá una inscripcion para cada uno, indicando la hora en que nacieron ó expresando que no fué conocida (451 C.). Aqui se presenta un caso en que se hace constar la hora del nacimiento, y no hay razon para que ésta tenga lugar respecto de gemelos y nó respecto de uno solo, ya que la expresion de la hora del nacimiento de cada uno de aquellos solo podria tener importancia especial, si no estuviera dispuesto que, cuando dos ó mas nacen de un parto, se consideren iguales en los derechos civiles que dependen de la edad.

917—Si el nacimiento acaece en un viaje, ó en un lugar en que la madre no tenga su domicilio, se registra allí el nacimiento, y el funcionario que lo registra, debe pasar una cópia, en papel comun, al Jefe del Departamento, para que éste la pase al encargado del Registro Civil del domicilio de la madre, á fin de que se cópie en el registro de nacimientos, y se archive la cópia remitida (450 C.). Este artículo se refiere á nacimientos ocurridos dentro del territorio de la República, pues para los que se verifican fuera de ella, hay otra disposicion; y de él aparece con claridad que en el registro del domicilio de la madre debe obrar siempre la partida de nacimiento de sus hijos; pero se cumple con acudir á hacer la inscripcion al Registro de la poblacion en que acaece el nacimiento.

918—La ejecutoria en que se declare la filiacion debe anotarse al márgen del acta de registro del nacimiento. (fr. 3.ª 464 C.).

919—Para completar la reseña de las disposiciones relativas á este punto, hay que recordar que con el

objeto de que no quedáran sin inscribirse los nacimientos, se dictó en 22 de Mayo de 1880 un acuerdo del Gobierno imponiendo á los párrocos la obligacion de comunicar el dia último de cada mes, á los alcaldes de los pueblos filiales de la parroquia, noticia de los bautismos administrados durante el mes, á niños cuyas familias tengan su domicilio en las poblaciones indicadas, debiendo dirigirse el oficio á la autoridad política del Departamento, si los padres del recien nacido, residieren fuera de su jurisdiccion. Ese mismo acuerdo prevenia que en esas comunicaciones, se expresara la fecha del nacimiento, el nombre del niño, su calidad de legítimo ó natural, y el nombre de sus padres, si podian aparecer; y que los alcaldes pasaran inmediatamente las comunicaciones á los registradores respectivos, los cuales asentarian desde luego, en el libro correspondiente, las partidas que faltaran, dando cuenta al Jefe Político del Departamento.

920—Este acuerdo se modificó por otro emitido el 11 de Junio siguiente. Segun éste, el encargado del Registro Civil en todo pueblo que sea cabecera de curato, tiene que pasar, el dia 1. ° de cada mes, á la oficina parroquial con el objeto de sacar una lista de los bautismos que se hayan administrado durante el mes anterior, tomándola de los libros que el párroco tendrá obligacion de confiarle. En esa lista deberá expresarse todo lo que, conforme al acuerdo anterior debia comprender la comunicacion del párroco. El dia dos de cada mes precisamente, debe comunicar el Registrador á los que desempeñen el mismo cargo en las poblaciones filiales de la parroquia, la lista de los bautismos que se han conferido á infantes cuyas

familias estén domiciliadas en el pueblo, cuyo registro civil llevan; pero si residen los padres en otro Departamento, la comunicacion debe dirigirse al Jefe Político de este. Tan luego como cada Registrador reciba la lista correspondiente, procederá á inscribir las partidas que falten, dando cuenta á la respectiva Jefatura, para que haga efectiva la multa que la ley impone.

PARRAFO TERCERO.

REGISTRO DE CIUDADANOS Y EXTRANGEROS DOMICILIADOS.

921—Todos los que con arreglo á la Constitucion tengan la calidad de ciudadanos, están obligados á inscribir sus nombres en el registro de ciudadanos, dentro del plazo de tres meses contados desde que legalmente adquieren esa calidad (453 C).

922—La pérdida ó suspension de los derechos de ciudadano debe anotarse al márgen de la inscripcion; y al efecto, todo Juez de 1.ª Instancia y en general toda autoridad judicial, al dictar auto formal de prision, y al mandar ejecutar una sentencia que implique la pérdida ó suspension de los derechos de ciudadania (11 Const., 35 á 45 C. pen. y 142 C. pr. crim.), tiene obligacion de ponerlo en conocimiento del respectivo depositario del Registro Civil. [1.º 454 C.]. Esto tiene lugar mandando cópia certificada del auto de prision (67 C. pr. crim.); y por analogía, deberá man-

darse tambien de la sentencia que cause ejecutoria.

923—Como suspensa la ciudadania por auto de prision, se recobra por auto ejecutorio de sobreseimiento, de cualquiera clase que sea, ó por absolucion del cargo ó de la instancia, tambien están obligados los Jueces á dar noticia al Registrador, de esas declaraciones (2. ° 454 C.). Lo mismo sucederá si se declara purgada la culpa con la prision sufrida, pues tambien entónces se recobran los derechos políticos suspensos (144 C. pr. crim.), siguiendo el principio de que la recuperacion se obtiene en todo caso mediante el cumplimiento de la condena que se hubiere impuesto [143 C. pr. crim.]. Del mismo modo, deberá anotarse la rehabilitacion, cuando se conceda porque el reo haya obtenido indulto de la pena principal. [145 C. pr. crim.]

924—En este registro se inscribe tambien el nombre de todo extrangero que adquiera la ciudadania, ó se haya domiciliado en la República, dentro de un mes de haberla adquirido, ó de estar en el pais con intencion de domiciliarse (456 C).

925—La guatemalteca casada con extranjero, tiene durante el matrimonio, la nacionalidad del marido (56 C); pero disuelto el matrimonio, puede recobrar la suya, con tal de que resida en la República, y declare su voluntad de recuperarla, ante el Depositario del Registro Civil, quien hará en el acto la anotacion correspondiente [457 C.].

926—En el mismo registro debe hacerse constar la declaracion de los hispano-americanos domiciliados en la República que deseen reservarse su nacionalidad conforme al inciso 1. ° art. 7 de la Constitucion, los cuales, segun el acuerdo de 5 de Agosto de 1880, de-

berán acompañar á su declaracion, una certificacion formalmente autenticada, del agente diplomático ó consular de la nacion á que pertenezcan, ó en falta de estos funcionarios, el testimonio de dos personas capaces con arreglo á las leyes, para hacer constar que pertenecen á la nacionalidad que indican.

PARRAFO CUARTO.

REGISTRO DE MATRIMONIOS.

927—Segun el Código Civil, los que contrajeran matrimonio debian, dentro de los ocho dias siguientes á su celebracion, presentarse en la oficina del Registro Civil con las actas ó partidas de matrimonio, que para ese efecto se les deberian dar grátis. 'El Registrador las copiaba íntegramente, autorizando el asiento con su firma y las de los contrayentes si sabian escribir, y las de los testigos [458 y 459 C.].

928—El Decreto de 17 de Noviembre de 1879 declaró que el matrimonio, para ser tenido como verdadero y legítimo, debia precisamente celebrarse, en todo caso, ante la autoridad civil; y debiendo tener asi carácter general ya la disposicion del artículo 146 del Código, de enviar al depositario cópia del acta de matrimonio entre personas de diferentes creencias ó entre extranjeros, el art. 16 del Dec. de 21 de Noviembre del mismo año, estableció que, concluido el acto del matrimonio ante la autoridad civil, debia levantarse una acta firmada por la autoridad que hubiera intervenido, por los contrayentes si supieren escribir, y por el Secretario de la Jefatura ó Municipalidad, y re-

mitise dicha acta, en cópia certificada, al Depositario del Registro Civil.

929—La disposicion del Código quedó pues modificada en dos conceptos: en el de que ya no tienen los contrayentes que ocurrir al Registro, ni procede por lo mismo, contra ellos, la imposicion de multa, si trascurren los ocho dias fijados por el Código; y en el de que ya no tienen los mismos contrayentes que firmar el acta del registro, debiendo el Registrador limitarse á copiarla literalmente, y á autorizar el asiento con su firma y las de los testigos. Asi lo consigna el art. 119 del Dec. de Ref. núm. 272.

930—El acto de la separacion de bienes, ya sea por convenio entre los cónyuges, ó por sentencia judicial, ha de anotarse al márgen de la inscripcion del matrimonio. La nota marginal debe contener la fecha del documento en que conste la separacion de bienes, los nombres de los cónyuges, el del Juez que dictare la separacion ó que la aprobare, y del Escribano que autorice, expresando además las causas que motivan el decreto, ó en que se funda el convenio, si en dicho documento se determinan (57, 116 Dec. de Ref. núm. 272 y 1184 C.). Con mayor razon, se inscribe la sentencia de nulidad de matrimonio, la de divorcio y la providencia que autorice la cesacion de éste, por que producen efectos aun de mayor trascendencia que la simple separacion. Del mismo modo, se anota la terminacion de ésta última.

931—Cuando de un juicio civil ó criminal resulte la constancia de la celebracion legal de un matrimonio que no está debidamente registrado, ó que lo ha sido con inexactitud, hay que poner en el registro copia de la ejecutoria, la cual servirá de prueba del

matrimonio (461 C.)

929—Luego que se registre el matrimonio de personas que ántes, ó al tiempo de casarse, hayan reconocido un hijo, debe ponerse nota marginal de legitimacion de éste en el acta de registro de su nacimiento; pero la omision de dicho requisito no puede oponerse para destruir su calidad de legitimado (460). Entre nosotros, no cabe la cuestion que en algunas obras de derecho se suscita con motivo de análoga disposicion, sobre si el reconocimiento que se haga por los padres hasta despues de verificado el matrimonio, tendrá fuerza para el efecto de la legitimacion. No cabe duda, tanto por el último concepto del artículo citado, cuanto porque el artículo 260 terminantemente decide que el reconocimiento para la legitimacion puede tener lugar áun despues de contraido el matrimonio. Los que creen que no debiera autorizar esto la ley, se fundan en que ese reconocimiento posterior inspira desconfianza, porque puede suceder muy bien que los que no han tenido hijos en el matrimonio, ó han perdido los que tuvieron, muerta la esperanza de sucesion propia, reconozcan como hijo habido entre ellos ántes del matrimonio, al que realmente no lo sea. En contrario, se alega que puede acontecer muchas veces que los que vayan á casarse y hayan tenido ántes hijos, no quieran hacer en ese acto una declaracion molesta, y de ese silencio resultaria un grave perjuicio á los hijos, si se privara á los padres del medio de reparar despues la falta que, guardándolo, cometieron contra ellos, y cuyas consecuencias podrian ser irreparables. Además, desde que el hijo puede reclamar en cualquier tiempo su legitimidad, no seria consecuente que se

le quitára por no estar reconocido por sus padres al contraer matrimonio.

PARRAFO QUINTO.

REGISTRO DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS ILEGITIMOS.

930—Cuando el padre reconoce á un hijo ilegítimo en el acto del nacimiento, basta que firme el acta de registro en prueba de reconocimiento; ó si no pudiere hacerlo en persona, lo puede hacer por él, otra que esté autorizada con poder bastante (229 y 463 C.). Aun despues de sentada ya la partida de nacimiento, podrá el padre hacer el reconocimiento en el Registro Civil, inscribiéndose su declaracion y haciéndose la anotacion correspondiente en la acta de nacimiento del reconocido.

931—Cuando el reconocimiento de los hijos ilegítimos se hace por escritura pública (2.°, 229 C.), el interesado debe ocurrir con el testimonio respectivo, dentro de ocho dias contados desde que se le dé, á hacer la anotacion en el Registro civil (464 C.).

932—La misma formalidad debe observarse cuando el reconocimiento se verifique por un acto de última voluntad. En este caso, aun cuando el testamento sea revocado por otro posterior, el Depositario del Registro no cancela la inscripcion, y el hijo se tiene siempre por reconocido (fr. 2.ª—464 C.).

PARRAFO SEXTO.

REGISTRO DE ADOPCIONES.

933—Todo adoptante tiene obligacion de presentar al Depositario del Registro civil, en el término de ocho dias, el documento en que conste la adopcion (1813 C. pr.), y se hará la anotacion debida al márgen de la correspondiente partida de nacimiento (465 C.).

PARRAFO SETIMO.

REGISTRO DE DEFUNCIONES.

934—Siempre que muere una persona, debe darse parte al Encargado del Registro civil, para que en el registro de defunciones, extienda el acta correspondiente. Debe expresarse el nombre y apellido del muerto, el dia y la hora en que hubiere acaecido la muerte, y si ésta ha sido natural ó violenta, la edad, sexo, domicilio y estado, declarando el nombre del cónyuge, si hubiere sido casado; el nombre y apellido del padre y de la madre del finado, si fueren conocidos; y si testó ó nó, en qué forma; y ante quién (467 C.). La mencion de todas estas circunstancias es importante para que la partida llene su objeto, y

para establecer la identidad de la persona; mas no porque falte alguna de ellas, dejará de asentarse, pues no siempre será fácil saberlas todas, especialmente si la persona muere en lugar distinto del de su domicilio. En otros códigos se exige además que el Registrador pase á inspeccionar el cadáver ántes de inscribir la partida, para evitar el abuso de defunciones supuestas.

935—Debe hacer la declaracion el padre de familia en cuya casa ocurra la muerte: á falta de él, y sucesivamente, el que lo represente, los parientes del difunto, las personas que lo hayan asistido en su última enfermedad, y los vecinos (466 y 468 C.). Tiene el mismo deber todo el que encuentre un cadáver fuera de la habitacion ó en una casa sin habitantes (469 C.)

936—El plazo que fija el Código para dar ese aviso, es de veinte dias contados desde que acaeció la defuncion; y con el objeto de que ninguna quedara sin inscribirse, y de que se impusiera la multa de ley á los que no ocurrian oportunamente á la oficina del Registro, estaba dispuesto que los encargados de los cementerios llevaran nómina exacta de las inhumaciones que se verificaran en el mes, con separacion de los que hubieran fallecido en los hospitales y establecimientos de beneficencia: que en ella se expresaran las circunstancias que se determinan para la inscripcion de defunciones; y que mensualmente, pasaran al Encargado del Registro una copia de los asientos de ese libro, para que, comparada con las partidas que se hubieran registrado, fueran inscritas las que faltaran, dando noticia de las omisiones al Jefe del departamento (470 y 471

C.). Lo prescrito en estos artículos fué modificado por el reglamento de cementerios, acordado en 15 de Noviembre de 1879: el artículo 7.° fijando las obligaciones principales del custodio estableció, entre ellas, la de que él llevara un libro general de enterramientos del cementerio, con los auxiliares que fueran precisos, para anotar con exactitud la fecha en que tuvieran lugar; y el nombre, sexo, edad, oficio, patria ó vecindario del difunto, así como el lugar en que se le entierre: la de impedir que ingrese al cementerio, cadáver alguno sin que se le entregue la constancia de la inscripcion de la defuncion en el Registro civil: la de no consentir que se sepulten cadáveres ántes de las 24 horas del fallecimiento, exceptuando únicamente los casos de corrupcion declarada, y los que ocurren en tiempos de epidemia en que la autoridad disponga otra cosa: la de cuidar de que no se hagan enterramientos simulados y no permitir que los cadáveres procedentes de fuera de la ciudad, sean sepultados sin que se presente la boleta del Registrador respectivo; y la de librar certificacion de las partidas de enterramientos que se pidan, sin cobrar por ellas cosa alguna á los pobres ni á las autoridades.

937—Indirectamente pues, se ha restringido el plazo del aviso al Registrador en las defunciones, puesto que la inscripcion debe ser anterior al enterramiento; y teniendo que presentarse certificacion de ella para que se verifique, ya no seria absolutamente necesaria la copia de los asientos de inhumaciones que el encargado del cementerio debia pasar mensualmente al Registrador; pero es conveniente siempre, para averiguar por el cotejo si ha habido

algun caso en que no se haya cumplido con la ley.

938—Cuando la muerte de alguna persona ocurre en hoteles, mesones, cuarteles ó cárceles, pesa naturalmente sobre el que gobierna la casa ó establecimiento, jefe del cuerpo acuartelado ó alcaide de la cárcel, la obligacion de dar cuenta al Encargado del Registro para que tome razon de la defuncion (472 C.).

939—Cuando á la autoridad judicial ó jefe de policia, conste la muerte de un individuo, dará parte al Depositario del Registro civil, para que asiente el acta respectiva: si se ignora el nombre del difunto, se anotarán las señas de éste, las de los vestidos, y todo lo que pueda conducir con el tiempo, á identificar la persona. Siempre que se adquieran mayores datos, deben comunicarse al mismo depositario para que los anote al márgen del acta (473 C.).

940—Si la defuncion se verifica á bordo de un buque de la República, cualesquiera que sean las aguas en que navegue, ó en buque que navegue en aguas de la República, ó en alta mar en buque que navegue con bandera de la República, es obligacion del que mande el buque dar cuenta al capitan del primer puerto de la República á donde llegue, á fin de que por éste se prevenga al que lleva el Registro civil de la comprension, que proceda á registrar la defuncion en el libro correspondiente (474 C.).

941—Respecto á los que mueren en campaña ó algun combate ó encuentro en el territorio de la República, es obligacion del que tenga el mando de la tropa y estuviere al servicio del país, dar noticia á su jefe respectivo de las muertes ocurridas en ella, á fin de que éste haga registrarlas por quien corres-

ponda. Igual obligacion tiene el que mande tropas, en órden á las muertes ocurridas en ellas fuera del territorio de la República, tratándose de personas en ésta domiciliadas (475 C.).

942—La certificacion de la partida de defuncion en el Registro es indispensable siempre que debe hacerse constar legalmente la muerte de una persona. De un modo especial la exige la ley, cuando el viudo trata de contraer segundo matrimonio (3.°—28 Dec. de Ref. n.° 272): cuando se va á iniciar el juicio de testamentaria (1,323 C. pr.): cuando se hace la denuncia de intestado (1,347 C. pr.); y por analogía de razon se exigirá, cuando se entable interdicto para adquirir la posesion hereditaria.

PARRAFO OCTAVO.

FORMALIDADES DEL REGISTRO.

943—Con el objeto de proveer á la autenticidad de los libros ó inscripciones del Registro civil, está prevenido que aquellos deben estar foliados por el alcalde 1.° de la respectiva poblacion, expresándose bajo su firma, en los mismos libros, los fólios que contengan (483). Además, el dia último de cada mes, debe extenderse, en cada libro, una nota expresiva del número de personas á que se refieren las actas de registro de ese mes, nota que firma el respectivo encargado (482 C.). De esta suerte, ni se puede arrancar hojas al libro del Registro, ni se puede interca-

lar otras, especialmente si el alcalde tiene además la precaucion de rubricarlas; y se evita tambien que, con posterioridad, puedan insertarse otras inscripciones, porque habria que alterar el número de las que expresa la nota que se pone al fin del mes, y apareceria un número mayor de inscripciones que el que constaba en la lista que se debe pasar el dia último de cada mes, al Jefe del departamento.

944—Con el mismo fin, dispone la ley que las actas del Registro del estado civil, se extiendan una tras otra, sin dejar blanco entre ellas, sin abreviaturas ni números, y sin insertar nada que les sea extraño (478 C.); porque allí solo deben consignarse los hechos determinados y las circunstancias particulares que enumera la ley, para evitar confusiones y para que no se desnaturalicen dando lugar á complicaciones y dificultades en las familias.

945—Aunque la ley no contiene disposicion especial, es natural que toda acta deba contener, además del hecho que se haga constar, el año, el dia y la hora en que se extiende, y el nombre, profesion, edad y domicilio de los interesados. Estas circunstancias, á la vez que son indispensables algunas de ellas en todo documento que tenga la calidad de auténtico, sirven para averiguar la exactitud de la partida, ó para comprobar su falsedad, como si se prueba que tal persona, designada en el acta como presente, no podia hallarse allí, por haber estado ausente el dia y la hora en que se asentó la inscripcion.

946—Extendida el acta en el registro, debe leerla el depositario á los interesados ó á sus representantes, y á los testigos: se salvan al pié del acta los errores, si los hubiere; y en seguidas, firman todos (479

C.). De esta disposicion se infiere que deben autorizar la inscripcion, además del Registrador, testigos presenciales. Los testigos son dos, como está dispuesto en especial para los nacimientos, matrimonios y defunciones (447 y 467 C. y 119 Dec. de Ref. n.° 272); y han de reunir las mismas condiciones indispensables para ser testigos de un instrumento público, ya que las actas del registro son documentos auténticos. De la misma disposicion se deduce que, generalmente, deben ocurrir ante el Registrador los interesados en la inscripcion, por sí ó por medio de encargado. Esa comparecencia del interesado es indispensable en algunos casos, como cuando se trata del reconocimiento de hijos ilegítimos; y si no son los mismos interesados los que dan la declaracion. como si extraños dan parte de un nacimiento ó defuncion, firmará la partida el que dé la declaracion. Los poderes y demas documentos que deben estar unidos á las actas, se archivan juntamente con los registros (484 C.), porque sus constancias son indispensables para los efectos de la inscripcion.

947—Cuando en alguna acta se haya cometido alguna equivocacion ó error que no se hubiere salvado ántes de firmarla los interesados, el Registrador y los testigos, ya no se puede corregir la equivocacion ó subsanar el error, sino por mandato del Juez de 1.ª Instancia respectivo, á quien debe ocurrirse. Este funcionario, con audiencia de los interesados y del ministerio fiscal, decide en el particular; y si el fallo es favorable á la pretension de que se corrija la equivocacion ó error, se inserta la ejecutoria en el lugar del registro que, conforme á la fecha de la insercion, corresponda; y ella servirá de acta, debiendo

además ponerse noticia al márgen del acta reformada (fr. 1ª 487 C.). La rectificacion, siguiendo el principio de que la sentencia dada en juicio no perjudica ni aprovecha á un tercero, cuyo derecho no provenga de los que lo siguieron (885 C. pr.), solo perjudica á las partes que hayan sido oidas en el juicio (fr. 2ª 487 C.).

948—En caso de haberse omitido alguna partida en los registros, hay que ocurrir al Juez de 1.ª Instancia respectivo para rendir ante él prueba de la omision y del hecho á que la partida debe referirse; y declarada por él bastante, se procede á reparar la omision poniendo la acta correspondiente (486 C.). Esta omision se entiende que se refiere al registrador, suponiendo que sí se dió parte.

949—Como las partidas deben ir inmediatamente una á continuacion de otra, sin dejar blancos, la partida omitida se pone siempre en el lugar correspondiente á la fecha en que se extiende, anotándose su referencia al márgen del lugar en que fué omitida (486 C.); siendo de advertir que siempre que se extienda una nueva acta que tenga relacion con otra, se inscribe en el dia de su fecha y en el libro respectivo, y no al márgen de la anterior (480 C.).

950—Consecuencia de las obligaciones que naturalmente se derivan del cargo de Registrador, y de la necesidad que hay de que los libros sean dignos de la fé que están llamados á prestar, es que todo Depositario del Registro civil sea responsable de las alteraciones ó suplantaciones que en las actas se adviertan (488 C.) Al efecto, está dispuesto que toda alteracion ó falsificacion de las actas del estado civil, todo asiento de éstas hecho en pliego suelto, ó de otro modo cualquiera que no sea en los registros destina-

dos á ese fin, dá derecho á los interesados para pedir la indemnizacion de los daños y menoscabos que sufran, sin perjuicio de la pena que contra el falsario corresponda, conforme al Código penal (489 C.).

PARRAFO NOVENO.

VALOR DE LAS ACTAS DEL REGISTRO.

951—Estando en debida forma, la ley presume la autenticidad y pureza de las actas del Registro del estado civil (490); y enumera entre los documentos que se llaman auténticos, las certificaciones libradas por los respectivos Depositarios (6.°—668 C. pr.).

952—Requiriéndose que estén en debida forma, se comprende que pueden ser impugnadas por defecto de ésta. Podrán rechazarse tambien, aun cuando no haya tal defecto y conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona á que el documento se refiere y la persona á quien se pretende aplicar (491 C.).

953—Además, debe observarse que las actas del Registro atestiguan la declaracion hecha por la persona que ha ocurrido á darla; pero no garantizan la veracidad de esa declaracion en ninguna de sus partes; y por lo mismo, cabe tambien impugnacion probando que fué falsa la declaracion en el punto de que se trata. Así pues, tres son las causas de impugnacion de los documentos que acreditan el esta-

do civil: 1.ª defecto en su forma: 2.ª falta de identidad en la persona: y 3.ª falta de verdad en la declaracion respecto del hecho que acreditan (Chacon).

954—Para comprender estos diversos casos de impugnacion, las notas ilustrativas del Código de Chile ponen este ejemplo. En una inscripcion de nacimiento se dice que tal niño es hijo de Fulana. El Registrador se atiene al testimonio del que le hace la declaracion; y ese documento puede atacarse:—1.º por defecto en la forma, alegando que ha sido introducido fraudulentamente en el libro ó registro, ó que ha sido enmendado, interpolado ó alterado indebidamente.

2.º Se puede atacar por falta de identidad, alegando que la persona, cuyo nacimiento se atestigua en la inscripcion, no es la misma que se presenta como tal.

3.º Se puede atacar, finalmente, por falta de verdad en el hecho, alegando que la declaracion hecha fué falsa en cuanto á la verdadera filiacion del nacido.

PARRAFO DECIMO.

HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES.

955—El Registro del estado civil no está destinado á proporcionar una renta al Estado, sino á prestar un servicio de grandísimo interés para los individuos y las familias, á costa de los fondos del Estado. (La Serna y Montalban). Con ese motivo, se

halla establecido que toda inscripcion en el Registro se haga gratis, sin que los encargados de llevarlo puedan tampoco cobrar nada por las certificaciones que de oficio tengan que dar (481 C.). No sucede lo mismo con las demas certificaciones que se soliciten: justo es que quien acude al Registro, como el que acude á cualquier otro archivo ó protocolo confiado á los depositarios de la fé pública, para proporcionarse los medios de acreditar un hecho que le interesa, retribuya de alguna manera el trabajo que impone. Lo que sí se ha hecho es señalar muy módico el derecho, como que es solamente de cincuenta centavos con exclusion del valor del papel (485 C.).

956—Esas certificaciones pueden pedirse por cualquier persona, y cualquiera tiene derecho tambien de leer una acta ó de enterarse de las constancias del Registro ó estado civil que en ellas aparezca; pero por cada una de estas exhibiciones, llevará el Registrador veinticinco centavos, si es del libro corriente, é igual derecho por cada año de antigüedad del libro, si no se prefija el año: si se determina el año en que la inscripcion consta, y no es el corriente, lleva por todo cincuenta centavos [497 C.].

957—Esta publicidad, y la ninguna limitacion del derecho de pedir certificaciones, dependen de que, si bien el estado civil es propio de cada persona, como lo consigna la Exposicion de motivos de la ley española, no deben ponerse restricciones á la facultad de conocerlo, porque no interesa á ella sola, ó á los individuos de su familia, sino tambien á cuantos con ella traten ó puedan tener que tratar, lo cual es difícil de determinar *á priori*. El verdadero límite de este derecho está en el interes individual, y la

ley debe abstenerse de imponer limitaciones que, sin su auxilio, se producen naturalmente en el ejercicio de los derechos.

PARRAFO UNDECIMO.

DISPOSICIONES GENERALES.

958—Con el objeto de que se conozca el movimiento constante de la poblacion, lo que es de mucho interés, y para que las autoridades puedan conocer el modo como cumplen sus obligaciones los encargados de los registros del estado civil, todo funcionario que los lleve está obligado á pasar el dia último de cada mes, al Jefe del departamento, una razon de los nacimientos, matrimonios y defunciones é inscripnes de ciudadanos y extrangeros domiciliados que haya registrado durante el mes, á cuyo efecto formará un índice alfabético separado, de los individuos inscritos en cada uno de esos registros. De las listas que el Jefe departamental vaya recibiendo, formará legajos, y con presencia de ellos, dará al Gobierno, en los primeros dias del año, un estado del número de nacidos y muertos en el departamento durante el año trascurrido, con separacion de sexos; y un estado tambien de los matrimonios celebrados y de los ciudadanos y extrangeros domiciliados [452, 455, 462, 476 C.].

959—Siendo necesario tambien estar al corriente de las modificaciones del estado civil de los guate-

maltecos residentes ó transeuntes en paises extrangeros, está prevenido que los agentes diplomáticos y consulares que en esos países tenga acreditados la República, lleven un registro de los nacimientos, matrimonios, cambios de nacionalidad y defunciones de tales guatemaltecos; y que, cada año, remitan al Ministerio de Relaciones Exteriores un estado de las tomas de razon que consten en sus libros, estado que se trascribirá en el que se lleve en el Ministerio para inscribir la naturalizacion de extrangeros y cuanto se refiera á la adopcion de nueva pátria [477 C.].

960—Por último, está prescrito tambien que toda persona que, debiendo dar aviso para que se verifique alguna de las inscripciones prevenidas por el Código, no lo hiciere dentro de los respectivos plazos que éste determina, incurra en multa que no baje de cinco ni exceda de cien pesos, que ingresará á los fondos de las Facultades creadas por la ley de Instruccion Pública, decretada en 13 de Diciembre de 1879, y cuya graduacion hace el Jefe del departamento, exigiendo, por la via de aprémio, la cantidad que determine [499 C.].

961—De esta disposicion se deduce que las inscripciones pueden hacerse, áun pasado el término que la ley designa respectivamente para que se verifiquen. Se ha considerado que hay bastante sancion con la multa que se impone, sin tener que llegar hasta negar la inscripcion por haber trascurrido el plazo legal para dar aviso, privando así de su estado civil en algunos casos á individuos que, como el recien nacido, no son responsables de ninguna omision, y quitándoles los medios de reparar

la falta que, no ellos, sino otro ú otros han cometido. El fin con que el registro se ha instituido es el interés social que exige la constancia auténtica de todo lo relativo al estado civil de las personas; y por esto hay, segun se ha visto, prescripciones legales para evitar que quede sin inscribirse ningun nacimiento, acudiéndose al efecto á los libros parroquiales; que quede sin inscribirse ningun matrimonio legal, pues la autoridad que interviene en su celebracion debe remitir, de oficio, al Registrador, cópia certificada del acta; que quede sin inscribirse ninguna defuncion, porque el custodio del cementerio, antes de recibir en él cualquier cadáver, debe exigir que se le presente la certificacion del Registrador de estar inscrita la defuncion.

962—Las leyes españolas modernas sobre Registro civil, para evitar los inconvenientes que pueden resultar, sobre todo para las inscripciones de nacimientos, de declaraciones dadas, acaso muchos años despues, establecen que pasado el término dentro del que debió darse aviso, el Registrador no pueda hacer por sí la inscripcion, sino que los interesados deben acudir al Tribunal competente, para que la decrete. No creo que este sea el caso del artículo 486, de que ya se ha tratado, porque éste da á entender mas bien que se cumplió con dar parte al Registrador, y que de parte de éste estuvo la omision del acta que se debe subsanar,

PARRAFO DUODECIMO.

PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL.

963—Antes se ha dicho que el estado civil se prueba con las actas del Registro respectivo; pero puede suceder que se hayan perdido los registros ó que no se hayan llevado: la ley debe, para ese caso, arbitrar recursos que suplan su falta para que el individuo no quede privado de los medios de comprobar su estado. Debe reputarse que falta el Registro, no solo cuando todo el libro se ha perdido ó destruido, sino tambien cuando falta ó se ha destruido la partida que en él deberia hallarse inscrita, relativa al estado civil de la persona de que se trate.

964—Los medios de prueba supletoria del registro son dos: 1.° la comprobacion de los hechos que acreditan el estado civil, y 2.° la notoria posesion de dicho estado.

965—Respecto del primer médio, la comprobacion debe hacerse por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trate, y por documentos auténticos que comprueben la existencia de esos hechos, por ejemplo, los testamentos del padre y de la madre incluyendo á un individuo, cuya acta de nacimiento falta en el registro, en el número de sus hijos (492 C.). Son admitidos únicamente los testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado, v.

g. del acto de la celebracion del matrimonio, porque el objeto es restaurar el título que lo acredita. Son admitidos únicamente los documentos auténticos en los que van tambien comprendidos los instrumentos públicos, porque cuando falta el registro, es precisamente cuando hay mas ocasion á fraudes, que se facilitarian sobre manera, si fuesen admitidos los documentos privados.

966—Para salir al encuentro de la dificultad en la comprobacion de estado porque no haya testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado, ó documentos auténticos, se establece el otro médio supletorio que consiste en la alegacion y prueba de la posesion notoria del estado civil (492 C).

967—La posesion de estado es la *posesion de hecho que, en el concepto público, ocupa notoriamente la persona en la familia.* Los hechos que la constituyen, segun el Código, son el tratamiento y la fama, copulativamente. Así, la posesion notoria del estado de matrimonio consiste en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales, y en haber sido la mujer recibida en ese carácter, por los deudos y amigos del marido y por el vecindario del domicilio en general (493 C). Así tambien, la posesion notoria del estado del hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo á su educacion y establecimiento de un modo competente y presentándole, en ese carácter, á sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de sus padres (494 C).

968—La posesion notoria requiere un curso no in-

terrumpido de años en que el hijo ó consorte haya estado gozando de las consideraciones y derechos que nacen del estado; y por ésto, la ley establece, que para que la posesion notoria del estado civil sea recibida como prueba, debe haber durado diez años contínuos, por lo ménos (495 C.). Se exige que la posesion sea contínua, porque si en el curso del tiempo señalado el hijo ó el consorte ha dejado de ser tratado como tal, se ha creado por ese hecho una presuncion contraria al estado que reclama; y se designa el término de diez años como constitutivo de la posesion, para no dejar indefinidamente incierto el estado, y porque diez años son bastantes para fundar la presuncion mas poderosa de su existencia, y de que así fué reconocida y tratada la persona ántes y despues de ese plazo. Al señalarse diez años á la posesion, parece, siguiendo la opinion de Chacon, que la ley ha supuesto físicamente posible el lapso de ese tiempo, de suerte que un hijo tratado como tal en la familia durante toda su vida, pero que, á la fecha del juicio posesorio, no tuviera mas que nueve años, podria ser amparado en su estado. Para evitar cualquiera duda que pueda resultar de fijar término, algunos Códigos como el francés, dejan á la prudencia de los Tribunales, apreciar segun las circunstancias, cuál es el tiempo necesario para que la posesion se tenga ga por constituida.

969—En consecuencia, los hechos que han de probarse para establecer la posesion de estado, son tres: el tratamiento, su notoriedad ó fama, y el goce continuado por diez años. Estos hechos deben probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan la posesion de estado de un modo irrefraga-

ble, particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva acta, ó la pérdida ó extravio del registro en que deberia encontrarse (496 C). Particularmente en el caso de no explicarse y probarse la falta, acaba de decirse: el Código dice lo contrario: *particularmente en el caso de explicarse y probarse la falta;* pero se ve por el sentido del artículo, que hay un error que depende de haberse suprimido la negacion inadvertidamente; y confirma mas en esa idea, la circunstancia de que la negacion existe en el artículo 313 del Código Civil de Chile, de donde el nuestro fué tomado.

970—No será inoportuno advertir que todas las disputas sobre el estado civil de las personas son materia de juicio escrito ó de mayor cuantía, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas pueda dimanar á favor ó en contra de las personas que las promuevan (1263 C. pr).

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

INDICE.


Stanford Law Library
3 6105 062 855 197